Nº 00061-OAJ/2021

A	**:**	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA **GERENTE GENERAL**
CC	**:**	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ **PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO**
ASUNTO	**:**	PROYECTO DE LINEAMIENTOS PARA EL CÁLCULO DE LOS UMBRALES DE NOTIFICACIÓN EMITIDO EN EL MARCO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY Nº 31112, LEY QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL.
REFERENCIA	**:**	Oficio N° 032-2021/ST-CLC-INDECOPI
FECHA	**:**	**22 de marzo de 2021**

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN TEMAS DE INTERCONEXIÓN	STEFANI BLAS OCHOCHOQUE
REVISADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCÍO ANDREA OBREGÓN ÁNGELES
APROBADO POR	JEFE DE OFICINA ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA

I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre el Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación emitido en el marco de la implementación de la Ley Nº 31112, Ley que establece un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, el "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación").

II. ANTECEDENTES:

2.1 Con fecha 7 de enero de 2021, se publicó en el diario oficial "El Peruano", la Ley Nº 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial que 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 los mercados para el bienestar de los consumidores (en adelante, la LCE).

2.2 Con fecha 4 de marzo de 2021, se publicó en el diario oficial "El Peruano", el Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2021-PCM.

2.3 En el marco de lo dispuesto en el artículo 13 de la LCE [(1)], con fecha 12 de marzo de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la ST-CLC) pre publicó [(2)] el "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación", el cual tiene como propósito orientar a los agentes económicos en determinados aspectos [(3)] que inciden en la evaluación de una operación de concentración empresarial.

2.4 Mediante Oficio N° 032-2021/ST-CLC-INDECOPI [(4)], recibido el 16 de marzo de 2021, la ST-CLC solicita al OSIPTEL comentarios del "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación".

2.4 Mediante Memorando N° 00050-STSC/2021, recibido el 18 de marzo de 2021, la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL remitió comentarios al referido proyecto.

---

[1] *"**Artículo 13**. **Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia***
13.1 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano técnico con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de control previo o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y de conformidad con las atribuciones recogidas por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

13.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica las siguientes:
(…)
e. Elaborar propuestas de lineamientos".

[2] Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/346290-el-indecopi-prepublica-el-proyecto-de-lineamientos-para-el-calculo-de-umbrales-de-notificacion

[3] Tales como: las reglas de identificación de las empresas involucradas en la operación, los parámetros de calculo que se deben considerar para determinar aquellos ingresos y/o activos que deben ser contabilizados, las disposiciones especiales aplicables a ciertos agentes económicos, entre otros.

[4] Notificado vía correo electrónico.

OSIPTEL OAJ R. OBREGÓN

OSIPTEL OAJ S.BLAS

III. ANÁLISIS:

3.1 Comentarios Generales:

En principio, consideramos idónea la actuación de la ST-CLC en la elaboración del "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación", en tanto, de la revisión del referido instrumento se advierte que existe el propósito de brindar una mayor claridad y certeza a los agentes económicos en cuanto a la forma de determinar si una operación de concentración empresarial debe someterse a un procedimiento de control previo a cargo del INDECOPI.

Ciertamente, dicho esfuerzo de la ST-CLC tiene como finalidad coadyuvar en la seguridad jurídica [5] y en cautelar la expectativa razonable de los agentes económicos respecto a la futura actuación del INDECOPI en plena aplicación de las disposiciones normativas que se encuentran contenidas en la LCE y su Reglamento.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que –de la revisión del "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación"– existen determinados aspectos que merecen una especial atención por parte del INDECOPI y, a partir de ello, se incorpore las mejoras que resulten necesarias para el correcto e idóneo ejercicio de sus funciones bajo reglas predecibles; lo cual impactará positivamente en los derechos e intereses de los administrativos y en el propio mercado.

Siendo ello así, a continuación se formulan comentarios específicos respecto al "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación" elaborado por la ST-CLC del INDECOPI.

3.2 Comentarios específicos

3.2.1 <u>Sobre la Regla de Cálculo N° 1</u>

Al respecto, el Reglamento de la LCE detalla dicha regla bajo los siguientes términos:

> *"**Artículo 4. Reglas para el cálculo de umbrales***
> *(…)*
> *4.2. Las ventas o ingresos brutos de las empresas involucradas, así como el valor de sus activos, se determina de acuerdo con las siguientes reglas:*
> *a) Cuando la operación corresponda a los actos establecidos en los incisos a) y c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley Nº 31112* [6]*, se consideran las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos de los agentes*

[5] Sobre el particular, tenemos que, *"(…) la seguridad jurídica constituye un principio de actuación de los organismos públicos que les obliga a ser predecibles en sus conductas y, a la vez, un derecho subjetivo, de todo ciudadano que supone una expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no será arbitrariamente desconocidos o modificados".*

En: MORÓN, J.C. (2018) "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, pág. 126.

[6] ***"Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial***
5.1 Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:
a. 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.
(…)
c. 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."

económicos participantes en la operación y de sus respectivos grupos económicos.
(…)"

En ese sentido, en el "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación" se plantea un ejemplo [7] mediante el cual se busca esquematizar la aplicación de la regla antes señalada.

Ahora bien, la revisión del "Caso hipotético" daría a entender que una primera aproximación, como indicador objetivo, sería el porcentaje de participación de una empresa sobre otra, lo cual para escenarios donde este valor sea de 60% u 80%, como se plantea en el caso, podría resultar razonable.

No obstante, en un escenario donde una empresa cuenta con una participación del 30% y el resto de accionistas con participaciones menores no existiría claridad de cómo se medirá la capacidad de una empresa para ejercer control sobre la otra y por ende, que esta última sea incluida como parte de su grupo económico.

En tal sentido, si el hecho de que una empresa cuente con menos del 50% de participación sobre la otra empresa conllevaría a que no puede ejercer control se recomienda hacer esa precisión al momento de aplicar con certeza la Regla de Cálculo.

Bajo tales consideraciones, se sugiere aclarar cuál será el (o los) indicador (o indicadores) que permitirá (o permitirán) medir de forma objetiva cuando una empresa ejerce el control sobre otra empresa (o empresas); ello a efectos de generar predictibilidad a los agentes de mercado respecto de las operaciones de concentración empresarial.

3.2.2 Sobre las Reglas de Cálculo N° 2 y N° 3

Al igual que para la Regla de Calculo N° 1 se sugiere establecer indicadores objetivos y medibles que permitan identificar de forma clara cuando una empresa debe notificar al INDECOPI la operación de concentración empresarial que está realizando.

---

[7] ***"Caso hipotético: Creación de una nueva empresa***

***A** es una empresa que fabrica materiales de oficina en el Perú. **A** tiene como principal accionista a la empresa **X** que también participa en el mercado peruano.*
(Cabe indicar que, en nota al pie se indica lo siguiente: *X tiene el 60% de acciones de A, que, para efectos de este ejemplo, le otorga el control exclusivo de la empresa*)

*Por su parte, **B** es una empresa que ofrece servicios de asesoría en proyectos de desarrollo sostenible y reciclaje en el Perú. **B** tiene como principal accionista a la empresa **Y** que también participa en el mercado peruano.*
(Cabe indicar que, en nota al pie se indica lo siguiente: Y tiene el 80% de acciones de B, que, para efectos de este ejemplo, le otorga el control exclusivo de la empresa)

*A su vez, **Y** tiene un porcentaje de participación* (esto es, 30%) *en la empresa **W**, sin ostentar el control de la empresa.*
*Con el objetivo de producir materiales de oficina en base a productos reciclados, **A** y **B** deciden formar una empresa en común que funcionará de forma autónoma con carácter permanente.*
(…)

Siguiendo las reglas establecidas por el Reglamento, para el presente caso deberá considerarse las ventas, ingresos, o activos de:
- *La empresa A (participante de la operación) y la empresa X (que conforma el grupo económico de A).*
- *La empresa B (participante de la operación) y la empresa Y (que conforma el grupo económico de B).*

En este supuesto, no deberá considerarse a la empresa W toda vez que no es controlada por Y; y, por tanto, no forma parte de su grupo económico."

OSIPTEL OAJ R. OBREGÓN
OSIPTEL OAJ S.BLAS

3.2.3 Sobre los ingresos o ventas

El artículo 6 de la LCE [8] y el artículo 4 de su Reglamento [9] disponen que las ventas o ingresos brutos que deben ser considerados en el cálculo de los umbrales son aquellos alcanzados o generados en el país.

Conforme al numeral 3.1.2 del "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación" se considera que los ingresos obtenidos de las ventas de productos o prestación de servicios de una empresa deberán asignarse al lugar donde se ha producido la competencia con otros posibles proveedores. Así, como regla general, propone que en la venta de bienes o productos, ese lugar corresponda al lugar donde se ubica el cliente y, en la contratación del servicio, al lugar donde se realiza su prestación.

Por tanto, si el bien o producto es entregado a un cliente ubicado en Perú, los ingresos que resulten de la venta de dicho bien o producto estarán incluidos en el cálculo de los umbrales.

Al respecto, se sugiere precisar en base a qué se define la ubicación del cliente como factor para el cálculo del umbral; en la medida que, se considera que pueden existir criterios más objetivos y/o con mayor trazabilidad; tales como: la facturación, el domicilio, entre otros, lo cual facilitaría la entrega de información (esto es, los montos) asociados a las ventas o ingresos brutos que deben ser evaluados para el cálculo del umbral notificación y, deben ser incluidos en los estados financieros auditados.

Asimismo, se sugiere determinar criterios objetivos que permitan identificar cuando un ingreso sí está relacionado al giro habitual del negocio de las empresas y cuando no es parte de este giro; en la medida que ello permitirá identificar si los valores cuantificados para los ingresos se encuentran dentro de los umbrales de notificación.

IV. CONCLUSIONES

4.1 En líneas generales, consideramos que el "Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación" elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI tiene como propósito brindar una mayor claridad y certeza a los agentes económicos en cuanto a la forma de determinar si una operación de concentración empresarial debe someterse a un procedimiento de control previo a cargo del INDECOPI; y, en consecuencia, cautelar la expectativa razonable de los agentes económicos respecto a la futura actuación de la Agencia de Competencia.

---

[8] *"**Artículo 6. Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial***
6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente:
a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a ciento dieciocho mil (118 000) unidades impositivas tributarias (UIT).
b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) unidades impositivas tributarias (UIT) cada una".
[Subrayado agregado]

[9] *"**Artículo 4. Reglas para el cálculo de umbrales***
(…)
4.3. Para efectos del cálculo de los umbrales, solo deben considerarse las ventas o los ingresos brutos generados en el Perú durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación."
[Subrayado agregado]

4.2 Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que –de la revisión del “Proyecto de Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación”– existen determinados aspectos que merecen una especial atención por parte del INDECOPI, para lo cual nos remitimos a lo expuesto en el numeral 3.2 del presente Informe.

V. RECOMENDACIÓN

Conforme a lo expuesto, se recomienda remitir el presente informe a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI a efectos que sean considerados y evaluados por dicha Autoridad y, en consecuencia se coadyuve en la emisión de los Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación; ello, en el marco de la implementación de la Ley Nº 31112, Ley que establece un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial.

Atentamente,

Firmado digitalmente por AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto FAU 20216072155 soft

OSIPTEL OAJ R. OBREGÓN

OSIPTEL OAJ S.BLAS