

Las operaciones de fusiones y adquisiciones durante la emergencia sanitaria

Autor: Jorge Luis Conde Granados*

Publicado: 26/12/2020**

Si nos remontamos al primer trimestre del 2019, el Perú tenía alrededor de 26 operaciones de fusiones y adquisiciones, lo cual en dicho año cerró con más de 130 operaciones y tomando una posición del 5to lugar a nivel LATAM. Sin embargo, en el primer trimestre del 2020 podemos advertir un descenso considerable de hasta un 58% en el número de estas operaciones respecto al 2019, y sumando además el confinamiento de la población, la situación económica y comercial de las empresas peruana (marzo – junio 2020), podían hacer ver que era probable la existencia de un repunte para el cuarto trimestre del presente año. Pues no fue así, según Informe de *Transactional Track Record* (TTR) a noviembre de 2020 solo en LATAM ha ocurrido una disminución de un número significativo de operaciones en toda la región y colocando al Perú en el último lugar de dichas operaciones.

Esto no nos sorprende, más aún cuando nos encontramos frente a una posible segunda ola y por qué no a una nueva variante del COVID-19 (SARS-CoV-2), lo cual trae como consecuencia nuevas medidas de aislamiento y por qué no un posible confinamiento como ya sucedió en Francia, España, Alemania y Reino Unido. Pero, ¿por qué comentamos todo esto?, sin lugar a dudas esto va originar un nuevo descenso en las operaciones de fusiones y adquisiciones y quizás un año 2021 tan igual como el del 2020, a pesar del arribo de la vacuna al Perú, así como también de la posible discusión de la entrada en vigencia de la Ley de Control de Fusiones (como vemos no creemos que sea un problema, por los umbrales altos), pero si un problema al momento de la negociación en caso nos encontremos ante operaciones en donde si les apliquen dichos umbrales. Por ello, hemos visto conveniente centrarnos de manera muy corta en que cláusulas y artículos de la Ley General de Sociedades deberíamos tomar nota cuando nos encontremos negociando algunas de estas operaciones durante la pandemia y ante un posible nuevo confinamiento:

I. En operaciones de adquisiciones:

Durante la etapa del *Due Diligence*. - Aquí si bien estamos familiarizados con el *data room*, y la previa suscripción del *process letter*, el problema es que ante un confinamiento y en pleno *Due Diligence*, de nuevo acceder a la información (subir a la red la información) será una complicación en virtud a que no tendríamos la información a la mano y por tanto no se podría cumplir con los términos acordados para la *Due*. Aquí la solución sería extender los plazos sujetos al plazo que otorga el gobierno para el confinamiento, o en su caso, realizar una retirada negociada. En caso estemos frente a la continuidad con la *Due*, entonces deberemos profundizar en algunos temas tales como: próximos incumplimientos que tiene la empresa objetivo, en la parte laboral, ver los trabajadores todavía en suspensión perfecta, trabajo remoto vs. personal de riesgo, entre otros, en temas contractuales, ver alquileres de oficinas, Reactiva Perú (en caso accedieron) inmuebles en general, si hay garantía de proveedores, así como ver los contratos principales si tienen las cláusulas de caso fortuito o fuerza mayor y si no es negociar el retiro y a los nuevos contratos incorporar dichas cláusulas y otros temas a evaluar como permisiología y las licencias obtenidas y ver las cesiones de posición contractual respecto a ellas.

1.1. Declaraciones, garantías e indemnizaciones

Podríamos ver la inclusión de declaraciones respecto a casos de coronavirus detectados en los

trabajadores, clientes y proveedores y la manera cómo reaccionó la empresa y cuales son los actos posteriores a ellos, cumplimiento de las normas sanitarias y protocolos implementadas por el Ministerio de Salud, de Trabajo, así como de los Ministerios involucrados según la actividad económica de la empresa objetivo, viabilidad del trabajo remoto, la situación del centro de trabajo, etc. Tener especial atención en las frases Nulidad sea total o parcial: tener especial cuidado con las frases: “Best efforts” (mejores esfuerzos), “reasonable best efforts” (razonables mejores esfuerzos), “reasonable efforts” (razonables esfuerzos).

I.2. Cláusula de cambio sustancial y ajuste de precio

Hay que poner también especial consideración cuando nos encontramos ante contratos de compraventa de empresas sometidas a condiciones suspensivas (*material adverse change* o MAC), el cual regula el derecho de desistir de una operación ante determinadas circunstancias que afecten significativamente de manera negativa a la empresa (paralizaciones por nueva cuarentena, o aumento de impuestos o salarios ejemplo en temas agrarios, entre otros). Lo mismo sucede cuando hay un ajuste al precio posterior a la compraventa (*earn-out*), esto es una regulación de una parte del precio de la compraventa en función de los resultados futuros de la empresa, con lo que se salva la dificultad para determinar el valor en estos momentos, esto quiere decir, por ejemplo: huelgas que impidan el avance de la producción, emisión de normas que impongan más obligaciones a las licencias ya otorgadas, entre otros.

II. En operaciones de fusiones.

Las fusiones también han tenido un problema para enfrentar la pandemia como ejemplo citaremos: i) celebración de junta de acciones y directorios presenciales, el cual se zanjó con la dación de las normas D.U N° 100-2020 y D.U. N° 056-2020, pero este tema es momentáneo ya que vence el 31 de diciembre de 2020 y marzo de 2021, ii) las condiciones para llevar adelante la fusión, iii) la fecha de entrada en vigencia de la fusión, esto en virtud a que la transferencia del patrimonio se puede dar de manera estratégica al día siguiente de aprobado (en caso se haya levantado la cuarentena total) o a la inscripción de Registros (en este caso el riesgo que volvamos a la cuarentena para 2021 y no tomar control de aquellos activos que pasen a la absorbente o la nueva empresa), ya que como sabemos tarda cierto tiempo en que se logre la inscripción en Registros Públicos, iv) la situación del plazo para la fusión, hay que tener en cuenta que desde que es aprobado el texto del proyecto de fusión se tiene 3 meses para ser aprobado por la junta de accionistas, y si no se logra esto en época de pandemia estaríamos ante una posible extinción de la fusión, entre otros temas.

Cabe anotar además, tener mucho cuidado con lo relacionado a los permisos y celebración de convenios de todo tipo con el estado peruano, ya que cuando nos enfrentamos ante estas operaciones de fusiones y adquisiciones, los documentos mencionados pueden que se encuentren regulados por sus normas especiales y podrían poner en peligro dichas operaciones, aquí hay que actuar de manera estratégica y con mucha cautela, buscando el costo – beneficio y sin forzar que el remedio puede ser peor que la enfermedad.

*** Socio de la Consultora Conde & Granados Asociados. Magister Magna Cum Laude Derecho Empresarial Universidad de Lima (UL). Reconocido dentro de los 100 Gerentes Legales más reputados del Perú por la internacional LEGAL500. Miembro del grupo de expertos que dio el Anteproyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades peruano. Arbitro del Organismo Supervisor de las**

Contrataciones con el Estado (OSCE). Becado por CONCYTEC y la OEA para seguir estudios de posgrado. Posgrados en Análisis Económico del Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA) - Argentina y Arbitraje Comercial Internacional – Comercio Medio Ambiente por la Washington College of Law de la American University (AIU) - EEUU, Curso de Negociación Comercial por la Escuela de Negocios de la Universidad Adolfo Ibañez (UAI) - Chile y Especialización en Project Finance por la Escuela de Negocios del Instituto de Empresas (IE) Madrid-España. Abogado Facultad de Derecho Universidad San Martín de Porres. Profesor de los cursos de Derecho Societario y Derecho Corporativo de la misma casa de estudios. Presidente del Centro de Estudios de Sociedades, Fusiones y Adquisiciones de Empresas (CEFAS) de la Facultad de Derecho USMP.

****Artículo recibido el 22/12/2020**