

CONTROL DE CONCENTRACIONES E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL MARCO DE OPERACIONES DE FUSIÓN Y ADQUISICIÓN

MERGER CONTROL AND INFORMATION EXCHANGE IN THE CONTEXT OF MERGERS AND ACQUISITIONS TRANSACTIONS

Enrique Felices Saavedra*

Ex editor general de THĒMIS-Revista de Derecho
Miranda & Amado

Alessia Lercari Bueno**

Ex miembro de THĒMIS
Miranda & Amado

The issuance of the Emergency Decree 013-2019, which regulates market concentration operations by establishing an ex ante control of said transactions, forces us to reexamine the way in which information exchanges are conducted in the framework of mergers and acquisitions. The exchange of information is vital to this types of operations, however, it can not be unlimited, since that would endanger market competition.

Faced with this situation, this article analyzes the possible transgressions to this new regimen that could be committed within these types of transactions, as well as the measures that could be implemented to reduce said risks. First, the authors explore the figures of horizontal colusion and gun jumping, by analyzing national and international legislation and jurisprudence. Then, they explain the powers Indecopi possesses to sanction these conducts. Finally, they conclude with some recommended preventive measures that can be taken by businesses.

KEYWORDS: Market concentration control; mergers and acquisitions; horizontal colusion; gun jumping; Indecopi.

La promulgación del Decreto de Urgencia 013-2019, el cual establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, obliga a reexaminar la manera en la que se conduce el intercambio de la información en operaciones de fusión y adquisición de empresas. Este intercambio de información es necesario en este tipo de operaciones; sin embargo, no puede ser irrestricto, ya que ello perjudicaría la competencia.

Frente a esta situación, el presente trabajo analiza las infracciones al nuevo régimen regulatorio que podrían configurarse en la esfera de estas operaciones, así como las posibles medidas a implementarse para mitigar los riesgos mencionados. Primero, los autores exploran cómo se desarrollan las conductas anticompetitivas de la colusión horizontal y el gun jumping, analizando normativa, y jurisprudencia nacional e internacional. Luego, explican las facultades del Indecopi para lidiar con estas prácticas. Por último, concluyen con algunas recomendaciones de medidas preventivas que pueden tomar los agentes económicos.

PALABRAS CLAVE: Control de concentraciones; fusiones y adquisiciones; colusión horizontal; gun jumping; Indecopi.

* Abogado. Master of Laws (L.L.M.) por la Universidad de Yale. Ex Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros y ex Representante Presidencial Especial del Perú ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Ex Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Socio de Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: efelices@mafirma.com.pe.

** Abogada. Asociada de Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: alercari@mafirma.com.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 29 de septiembre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE MITIGAR RIESGOS VINCULADOS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON LA APROBACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El mercado de las fusiones y adquisiciones ha sido uno de los más activos en el Perú en las últimas dos décadas. A pesar de ello, este país es uno de los pocos a nivel global que no cuenta con un régimen de control de concentraciones general.

Si bien es cierto que la institución no es nueva en el Perú, pues su aplicación limitada a las operaciones de concentración en el sector eléctrico data de finales de los años noventa¹, la aprobación del Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial —Decreto de Urgencia 013-2019 (en adelante, Ley de Control de Concentraciones)— impondrá cambios relevantes en la forma en la que se llevan a cabo operaciones de fusiones, adquisiciones, *joint ventures* y acuerdos colaborativos similares en el Perú. Sin duda, uno de los campos en los que estos cambios serán más significativos será el del intercambio de información que se produce entre las partes en el marco de operaciones como las descritas.

En el marco de operaciones de concentración empresarial, el intercambio de información entre las partes es válido e indispensable: quien compra debe saber qué comprará y qué valor asignarle a la empresa sobre la base de sus activos, contratos, pasivos y contingencias, entre otros; mientras que el vendedor quiere que la transacción efectivamente se realice en las mejores condiciones para él.

Este intercambio de información, sin embargo, no puede ser irrestricto. En efecto, hasta el cierre de la operación en la que se produce el cambio de control, las empresas se mantienen como agentes independientes que coexisten en el mercado, y deben comportarse como tales. Sobre todo, ello ocurre en el caso de operaciones entre agentes que participan, e incluso compiten, en el mismo segmento del mercado.

En términos del derecho de la competencia, el intercambio de información irrestricto, en el marco de una operación de concentración, puede significar el incumplimiento de disposiciones legales,

pues dicho intercambio tendría la capacidad de (i) habilitar la adopción de una práctica colusoria horizontal entre las partes de la operación; y/o, (ii) propiciar la consumación de la operación de forma previa a su aprobación por el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), lo que sería incurrir en la figura del *gun jumping*.

La posibilidad de que las partes de una operación incurran en una práctica colusoria es un riesgo que hoy se presenta con independencia de la existencia o no de un régimen de control de concentraciones. Asimismo, la posibilidad de que un intercambio facilite un *gun jumping* es un riesgo que, actualmente, ya se deriva del régimen aplicable al sector eléctrico, el cual prohíbe la consumación de la operación de forma previa a la autorización por la agencia de competencia.

No obstante, lo cierto es que a la fecha no ha sido la práctica usual del Indecopi fiscalizar el cumplimiento de la normativa de competencia en una esfera transaccional. Esta ausencia de fiscalización —y, eventualmente, de *enforcement*— ha generado que la implementación de mecanismos de cumplimiento de la normativa de competencia quede en segundo plano, y que no sea priorizada por las partes como parte del planeamiento de la operación.

Sin embargo, la reciente aprobación del régimen general de control de concentraciones generará un mayor interés por parte de la autoridad en este tipo de actividades. Así, al aumentar considerablemente su actividad en la esfera transaccional², Indecopi tendrá mayor cercanía y visibilidad sobre las potenciales infracciones que puedan configurarse en este ámbito. Si bien esto aumentará los niveles de protección en el mercado, las partes deben estar preparadas para afrontar el escrutinio de la autoridad. Esto implica demostrar que sus actividades se conducen de conformidad con el marco legal aplicable, así como buscando evitar conductas que puedan calificar como prácticas cuestionables.

Ante dicha situación, será necesario establecer mecanismos de cumplimiento en el marco transaccional. Particularmente, será prioritario establecer parámetros al intercambio de información que estén dirigidos a minimizar los riesgos de incumplimiento de las normas de competencia. No obstante, será igual de importante garantizar que

¹ Al respecto, véase la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876 (1997), y sus normas reglamentarias.

² Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley 26876) del 19 de noviembre de 1997, y sus normas reglamentarias.

estos parámetros sean diseñados de forma que reconozcan el dinamismo característico de la actividad transaccional. Esto garantizará el diseño de lineamientos de aplicación efectiva, a diferencia de la elaboración de protocolos impracticables, que terminen siendo 'letra muerta' para las personas naturales encargadas de la negociación y ejecución de la operación.

En ese contexto, el presente trabajo analiza las potenciales infracciones que podrían configurarse en la esfera de transacciones de compra, venta, *joint ventures*, entre otros, así como las medidas que podrían implementarse para mitigar los riesgos mencionados. A partir de este análisis, se identifican los elementos principales a tener en consideración para la elaboración de lineamientos para el intercambio de información en el marco de una operación como las anteriormente descritas, así como mecanismos de supervisión y seguimiento que garanticen su cumplimiento.

II. MARCO NORMATIVO

Si partimos de la premisa de que la competencia es el mecanismo más apropiado para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado, entonces es a través del 'libre juego' de la oferta y la demanda que los consumidores pueden verse beneficiados por la disminución de precios, la mejora en la calidad de los productos y el incremento de las opciones de consumo con las que cuentan (Whish & Bailey, 2015, p. 4).

Las normas de competencia surgen como un mecanismo para proteger y potenciar el proceso competitivo. En efecto, tanto el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Competencia) (2008, artículo 1), como la Ley de Control de Concentraciones tienen por finalidad "promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores" (2019, artículo 1)³.

Por un lado, la Ley de Competencia cumple con dicho fin a través de mecanismos de intervención *ex post*, es decir, mediante la prohibición y sanción de conductas que ya han producido efectos en el mercado. De estas, los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, esto es, la adopción de comportamientos cuyo propósito es 'dejar competir', son una de las conductas que recibe el mayor escrutinio. Ello es así porque el intercambio

de información en el marco de una operación puede facilitar, por ejemplo, un acuerdo entre competidores para unificar su conducta de forma previa al cierre de la operación, o incluso de forma permanente en caso se abandone la operación.

Por su parte, la Ley de Control de Concentraciones utiliza mecanismos de intervención *ex ante*, los que establecen la aprobación previa del Indecopi como requerimiento para la realización de actos de concentración empresarial que podrían afectar el proceso competitivo. En este sentido, el análisis de la autoridad no se refiere a la conducta ya realizada, sino, de manera prospectiva, a la potencialidad que muestra dicha conducta en un marco determinado para afectar la competencia. De acuerdo con esta norma, las empresas que soliciten una autorización no podrán ejecutar la operación hasta que hayan obtenido efectivamente la autorización correspondiente de parte de la autoridad de competencia. Por ello, las empresas deberán comportarse de forma independiente hasta la aprobación de la operación. En este contexto, y siguiendo el mismo ejemplo, el intercambio de información podría facilitar la ejecución 'prematura' de la operación.

Conforme a las normas citadas, se evidencia que el intercambio de información en sí mismo no constituye una infracción a las normas de competencia, pero sí puede facilitar la adopción de conductas infractoras. Siendo ello así, a continuación se explica cómo es que el intercambio de información podría facilitar la configuración de estas infracciones. Para tales efectos, se analiza por un lado, la potencial infracción a la Ley de Competencia (colusión) y, por otro, la infracción a la Ley de Control de Concentraciones (*gun jumping*).

A. Colusión horizontal: infracción a la Ley de Libre Competencia

Como ha sido mencionado, el intercambio de información podría facilitar la adopción de acuerdos entre competidores dirigidos a unificar su conducta en el mercado. Estos acuerdos se encuentran tipificados en la Ley de Competencia como prácticas colusorias horizontales.

En efecto, la Ley de Competencia define estas prácticas como "los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí

³ De acuerdo al Examen Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú, entre el año 2001 y 2017, el Indecopi analizó únicamente 17 operaciones de concentración bajo el régimen de control previo del sector eléctrico (2018).

que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia” (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 11.1). De ese modo, se trata de conductas en la que los competidores de un mercado en el que individualmente no tendrían un poder relevante, lo obtienen artificialmente a través de la adopción de una estrategia para “dejar de competir”.

Dentro del universo de prácticas anticompetitivas, existe un grupo específico de conductas que, por su propia naturaleza, resultan lesivas para la competencia y no admiten justificación una vez acreditada su realización. Estas conductas son conocidas como “cárteles desnudos” o *hardcore cartels*.

La adopción de estas prácticas constituye el tipo de infracciones más graves que sanciona la Ley de Competencia, y las que han motivado la imposición de multas más elevadas en los últimos años. De hecho, internacionalmente se considera que incurrir en estas prácticas es equivalente a hurtar de “los bolsillos de los consumidores” (Kroes, 2005, p. 5) [traducción libre].

De acuerdo al artículo 11.2 de la Ley de Competencia (2008), las prácticas que serán consideradas como cárteles desnudos son las siguientes:

- Fijar precios y otras condiciones comerciales o de servicio;
- Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- Repartir clientes, proveedores, o zonas geográficas; y,
- Falsear procesos de licitación, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública (a través de posturas o abstenciones en licitaciones).

Estas prácticas se sujetan a una prohibición absoluta, es decir, son consideradas ilegales *per se* (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 11.2). La sola acreditación de la existencia de estos acuerdos genera la imposición de una sanción para las empresas e incluso las personas naturales que participaron de la conducta. No resulta necesario demostrar que el acuerdo realmente se ejecutó o cuáles fueron los efectos de la conducta en el mercado, su impacto en consumidores y competido-

res no participantes del cartel (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 8). De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia, esta regla aplica en la medida que se trata de “conductas profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular” (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 17).

El carácter nocivo de estas prácticas y las altas sanciones que suelen ir aparejadas a su realización, tienden a llevar a las partes que participan de estos acuerdos a ocultar su conducta y eliminar toda prueba incriminatoria o indicio de su realización. Es por ello que las autoridades de competencia a nivel internacional, al igual que el Indecopi, no exigen la existencia de documentos o pruebas directas que dejen constancia expresa del acuerdo o práctica concertada entre competidores⁴.

Por el contrario, las autoridades se apoyan en otro tipo de pruebas indirectas, tales como comunicaciones electrónicas recabadas a través de visitas de inspección, pericias, declaraciones de parte, testimonios, entre otros elementos que vistos de manera conjunta permiten determinar la existencia de una conducta anticompetitiva (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículos 15 y 30). En general, la autoridad podrá recolectar una pluralidad de indicios que, analizados conjuntamente, generen convicción respecto de la comisión de la infracción (Quintana Sánchez, 2013, p. 126).

En este contexto, la identificación de medios probatorios que demuestren la existencia de un intercambio de información entre competidores será un indicio relevante para la autoridad, sobre todo, si dicho intercambio involucra información que puede habilitar la adopción de conductas paralelas en el mercado. Si bien en la mayoría de los casos la mera existencia de un intercambio no será suficiente para generar convicción respecto de la comisión de una infracción, ello sí podría motivar el inicio de una investigación e incluso, de un procedimiento sancionador.

Por tal motivo, la experiencia previa de las autoridades de competencia en la evaluación de intercambios de información como indicios de infracción será sumamente relevante para definir los criterios bajo los cuales el intercambio estará permitido en el marco de una operación, así como

⁴ Véase la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, la cual señala lo siguiente:

312. Considerando que la interacción de los agentes en el mercado se efectúa mediante mecanismos cada vez más sofisticados, la detección de conductas destinadas a restringir o distorsionar el proceso competitivo resulta posible a través de la obtención de una diversidad de medios probatorios que pueden llevar a la certeza requerida sobre la existencia de una conducta anticompetitiva (2019).

los cuidados y salvaguardas que deberán aplicarse para evitar cuestionamientos. Si bien la práctica del Indecopi no se ha centrado en el análisis de infracciones en el marco de operaciones transaccionales, su experiencia en la evaluación de intercambios en ámbitos ajenos al transaccional brinda importantes aportes que, sumados a la experiencia internacional en la materia, brindan criterios sumamente relevantes.

En atención a ello, en las siguientes secciones se analiza el intercambio de información en la experiencia nacional, ajena al ámbito transaccional, así como la experiencia internacional en materia de operaciones de fusión, adquisición y otras.

1. Intercambios de información como indicios de colusión en la experiencia nacional

Dada la importancia de las pruebas indiciarias en el análisis de conductas contrarias a la competencia, el intercambio de información entre competidores es considerado como un elemento relevante para la determinación de una infracción. En circunstancias normales, el simple hecho de que exista una comunicación entre competidores será considerado como una señal de alerta. Cuando dicha comunicación contenga o se refiera a información sensible para las partes por razones comerciales, operativas o de otra índole, las posibilidades de que se haya producido una infracción incrementarán.

En esa línea, la Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia del Indecopi (en adelante, Guía de Gremios) constituye un punto de partida importante, ya que proporciona directrices relevantes para la evaluación de los intercambios de información como indicios o indicaciones de prácticas anticompetitivas. Si bien estos lineamientos refieren al intercambio que se produce en el marco de una actuación gremial —espacio que ofrece un contexto de comunicación entre competidores—, los criterios que establece la norma pueden aplicarse a cualquier tipo de intercambio. De hecho, la Guía de Gremios incorpora criterios similares a los contenidos en lineamientos para el intercambio de

información correspondientes a legislaciones extranjeras⁵ que no se restringen al ámbito gremial.

La Guía de Gremios reconoce expresamente que el intercambio de información puede ser utilizado como una alternativa a la adopción de acuerdos colusorios expresos⁶. Ello en tanto los intercambios permiten que los competidores obtengan información privilegiada sobre las actividades del otro, lo cual facilita la adopción de conductas similares:

Una vez que los competidores conocen las decisiones y estrategias que sus competidores implementarán (p.e. incrementos en sus precios, selección de clientes y condiciones de contratación), pueden ajustar sus propias decisiones y estrategias para evitar competir entre sí, y también pueden monitorear el desarrollo o “cumplimiento” de los anuncios de sus competidores, **logrando organizarse como un cártel** sin necesidad de mantener una comunicación activa entre sí (Indecopi, 2019, p. 13) [el énfasis es nuestro].

En efecto, el conocimiento de las acciones del competidor permite a los agentes la posibilidad de alinear sus conductas y limitar la dinámica competitiva que existe entre ellos. Por ejemplo, al eliminar la incertidumbre respecto del precio futuro del competidor, el agente pierde incentivos para fijar precios más bajos: puede fijar uno justo por debajo del de su competidor, o fijar exactamente el mismo.

Por su parte, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) también ha brindado relevantes aportes respecto del intercambio de información como mecanismo para facilitar la colusión⁷. A través de reiterada jurisprudencia en la que se analiza la existencia de colusión entre competidores, la Sala ha señalado que “[e]n efecto, las comunicaciones entre competidores generan un contexto que facilita el intercambio de información, **lo cual podría dar lugar a que adopten un acuerdo o una práctica concertada**” (Resolución

⁵ Por ejemplo, la Guía de Gremios incorpora criterios similares a los de la Unión Europea, que cuenta con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011); y México, que cuenta con la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (2015).

⁶ Véase la Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia:
Los participantes de un cártel pueden buscar eliminar la necesidad de discutir abierta y directamente entre sí sobre aspectos relevantes de un acuerdo anticompetitivo y de esta manera reducir el posible escrutinio de la autoridad de competencia.
Para ello, es posible que los participantes de estos ilícitos recurran a mecanismos indirectos de intercambio de información sensible con el objeto de eliminar la incertidumbre inherente al proceso competitivo, y de esta manera promover o facilitar un equilibrio anticompetitivo entre sí (Indecopi, 2019, p. 13).

⁷ Véase las Resoluciones 157-2019/SDC-INDECOPI, 171-2019/SDC y 225-2019/SDC.

157-2019/SDC-INDECOPI, 2019, párr. 362) [el énfasis es nuestro].

De conformidad con la Guía de Gremios, la Sala sostiene la probabilidad de que los intercambios de información conduzcan a resultados colusorios, en tanto reducen la incertidumbre entre competidores:

363. Con relación el intercambio de información sensible entre competidores (por ejemplo, una comunicación que evidencie el anuncio anticipado de un incremento de precios), la jurisprudencia nacional y comparada ha señalado que puede generar efectos restrictivos en la competencia, pues **reduce la incertidumbre de los agentes económicos en la toma de decisiones y, por ende, los incentivos para competir**. En este sentido, la Comisión Europea ha sostenido que será particularmente probable que un intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios, desemboque en un resultado colusorio (Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, 2019) [el énfasis es nuestro].

Como se puede apreciar, el intercambio de información —ya sea en el marco de gremios, en actividades cotidianas o como parte de una operación— elimina la incertidumbre que existe entre los agentes económicos la cual es uno de los grandes pilares de la dinámica competitiva entre ellos. Es por tal motivo que la detección de intercambios suele generar alarmas o cuestionamientos por parte de la autoridad. Incluso cuando se trate de intercambios plenamente justificados, el riesgo de colusión es tal que, en la mayoría de casos, motiva la intervención de la autoridad, así sea únicamente para supervisar y requerir mayor información de los agentes económicos.

Un aporte relevante contenido en la Guía de Gremios es la definición de la información cuyo intercambio genera riesgos desde el punto de vista de la competencia. En efecto, a fin de brindar mayor claridad respecto del tipo de información cuyo intercambio deberá evitarse, la Guía de Gremios define a la información sensible aquella que “por su condición y por las características de los mercados vinculados al intercambio, puede incrementar la probabilidad de prácticas anticompetitivas (riesgo en la competencia), en particular prácticas colusorias” (Indecopi, 2019, p. 9). Asimismo, establece que la información presentará mayores riesgos cuando tenga carácter estratégico, se encuentre desagregada, sea reciente o futura, y tenga carácter reservado. De este modo, la calidad de sensible dependerá de las condiciones del caso concreto y

podrá medirse en función de las características de la información del mercado.

Sin perjuicio de ello, a modo de ejemplo, la Guía de Gremios establece que se considera sensible la información vinculada con precios, cantidades, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, inversión, tecnologías, investigación y desarrollo, estructura de costos, listas de clientes, condiciones de negociación y contratación, entre otros (Indecopi, 2019, p. 9). Por su parte, la Sala también hace referencia a los tipos de información cuyo intercambio podría desembocar en resultados colusorios. Al respecto, la Sala menciona:

365. Algunos ejemplos de dichas comunicaciones entre los competidores, son [...] los documentos internos de las empresas donde se muestre que se ha intercambiado información u opiniones sobre **precios o demanda de productos, partición de mercado, niveles de producción u otra información que, por lo general, son reservados y no compartidos con los competidores** (Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, 2019) [el énfasis es nuestro].

Aun cuando estas referencias proporcionan una indicación importante sobre el carácter sensible de la información, lo cierto es que no es posible establecer una lista inequívoca y que, por el contrario, será necesaria una revisión caso por caso que atienda las condiciones del mercado particular. En efecto, en determinados mercados, ciertos tipos de información no revestirán el mismo grado de sensibilidad. Por ejemplo, aquella sobre precios en mercados regulados requiere un tratamiento distinto frente al mismo tipo de información en mercados no regulados en los segmentos corporativos en los que no existe obligación de publicar precios.

Teniendo ello en consideración, no será recomendable establecer lineamientos que incluyan listados genéricos de información que tendrá carácter sensible. Esto podría tener como consecuencia la implementación de reglas que desconozcan la realidad de la empresa y del mercado, restando rigurosidad a su cumplimiento. Será necesaria la evaluación específica del mercado, así como de las circunstancias que ameriten el intercambio.

Finalmente, es importante tener en consideración un caso reciente en el que el intercambio de información fue esencial para determinar la existencia de una infracción en la modalidad de colusión.

Este es el caso seguido bajo el Expediente 008-2010/CLC en el que se imputó una práctica colusoria horizontal en el mercado de farmacias (en

adelante, Caso Farmacias). En dicha oportunidad, se determinó que las cadenas de farmacias adoptaron prácticas dirigidas a incrementar el precio de sus productos de forma concertada. La particularidad del caso es que no se hallaron indicios de comunicación directa entre los competidores. En su lugar, se halló que las cadenas de farmacias habían utilizado a sus proveedores para viabilizar el intercambio de información⁸.

En efecto, se sostuvo que la comunicación entre los competidores se había logrado a través de los laboratorios, en la medida que éstos habían sido los que se encargaron de intercambiar información detallada sobre incrementos y estrategias de precios entre las cadenas de farmacias. Aunque también halló indicios adicionales a la práctica, como por ejemplo, evidencia económica que respaldó la ejecución de los acuerdos y comunicaciones que reflejaban mecanismos de monitoreo, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) determinó que “el mecanismo de intercambio de información habría facilitado la realización de un acuerdo colusorio por parte de empresas que compiten a nivel horizontal” (Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, 2016, p. 250, párr. 703).

La Sala confirmó lo resuelto por la Comisión, precisando que, si bien el intercambio de información entre competidores puede también “puede facilitar la realización de conductas anticompetitivas en la medida en que las empresas tengan conocimiento sobre las elecciones de sus demás competidores” (Resolución 783-2017/SDC-INDECOPI, 2017, p. 20, párr. 37). Asimismo, la Sala sostuvo que el uso de un tercero, como los laboratorios, para ejecutar el intercambio “es cada vez más empleado por los participantes de cárteles, pues [...] mediante este mecanismo se procurará eliminar cualquier evidencia de contacto o coordinación directa entre los agentes competidores” (Resolución 783-2017/SDC-INDECOPI, 2017, p. 21, párr. 39).

Lo señalado previamente evidencia un caso en el que la verificación de la existencia de un intercambio de información fue utilizada como indicio de la comisión de una infracción. De lo señalado, se puede concluir que aun cuando el intercambio en sí mismo no constituya prueba suficiente, otros elementos tales como el mero paralelismo de conductas —sin evidencia de contacto entre competidores— tampoco bastarán para hallar responsabilidad. Por tal motivo, se trata de un elemento

crucial para generar convicción respecto de la existencia de una infracción.

A causa de ello, el Indecopi investiga las comunicaciones personales (correos electrónicos) de los agentes investigados, para lo cual cuenta con plenas facultades según el artículo 11.2 de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008), ello con la principal intención de identificar contacto entre competidores. En el mejor de los casos, encuentra evidencia expresa de un acuerdo. En su defecto, lo que suele encontrar es evidencia de un intercambio de información sensible, el cual, sumado a la evidencia de que se ha implementado un actuar conjunto, suele reemplazar a la prueba directa del acuerdo.

Como se mencionó, los intercambios que el Indecopi ha utilizado como indicios de infracción se han producido en situaciones ajenas al ámbito transaccional, en el que es usual que los competidores intercambien información necesaria para viabilizar la operación. Sin embargo, de los criterios expuestos, nada impide que, ante la existencia de conductas paralelas en el mercado, la detección de intercambios injustificados —o incluso, descontextualizados— pueda ser utilizada por la autoridad como prueba de una potencial colusión.

Por lo tanto, es importante que todo intercambio producido en el marco de una operación cuente con el debido sustento y, de preferencia, que las comunicaciones correspondientes contextualicen adecuadamente el motivo del intercambio. Por ejemplo, será necesario que la comunicación o correo electrónico que adjunta la información incluyan una referencia breve a las razones que motivan el envío de la información, su calificación como información sensible y a las personas que cuenten con restricción para el acceso, a pesar de que las partes que participan del intercambio conozcan estos aspectos de antemano. Esto generará que ante una inspección de comunicaciones electrónicas cualquier evidencia de intercambio se justifique por sí misma, y no dé lugar a cuestionamientos adicionales.

Como se puede apreciar de lo expuesto, la experiencia del Indecopi en materia de intercambio de información y colusión perfila criterios generales para realizar intercambios en condiciones normales, esto es, fuera del ámbito transaccional, en donde el contacto entre competidores debería ser inexistente o sumamente limitado.

⁸ Ello responde a un esquema de colusión bajo la modalidad *hub and spoke*. Sin embargo, se debe notar que, en este caso, la decisión final no calificó de forma definitiva la conducta de los laboratorios como la de un agente facilitador en la medida que dicha conducta no se encontraba prohibida al momento en el que se produjeron los hechos investigados.

Es claro que el intercambio de información entre competidores en el marco de una operación no es aislado. Por el contrario, son frecuentes y necesarios, por ejemplo, como parte de los procesos de *due diligence* y de negociación de la operación. Su habitualidad en el intercambio de información no exige a las partes del cumplimiento de la normativa de competencia, pero sí genera matices y observaciones importantes a tener en consideración.

2. Intercambios de información como indicios de colusión en el marco de operaciones de fusión, adquisición y otras

Como mencionamos, el caso del intercambio de información que se produce en el marco operaciones difiere de las situaciones que se producen fuera del ámbito transaccional, en la medida que una operación de fusión, adquisición o las demás que alude la Ley de Control de Concentraciones requiere del intercambio activo de información entre las partes, particularmente, de la *target* a favor de su potencial adquirente. Como se mencionó, este intercambio es necesario para alcanzar la finalidad de la operación.

La Comisión Federal de la Competencia de México (en adelante, Cofece) se ha pronunciado reconociendo la importancia de los intercambios de información en el marco de operaciones societarias a través de su Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (en adelante, Guía Cofece). Este documento brinda importantes directivas para el intercambio entre dichos actores, implementando recomendaciones expresas en el ámbito transaccional. La Guía Cofece reconoce la habitualidad y la necesidad de que se produzca este intercambio. De tal modo señala:

[...] al realizar una concentración, el intercambio de cierta información entre agentes económicos resulta necesario. Tal es el caso del intercambio de información que se realiza durante la exploración, planeación, evaluación y notificación de una concentración. En estos casos, **el intercambio de información es fundamental para el desarrollo de la auditoría de compra y es normal que las partes se encuentren en comunicación frecuente para valorar apropiadamente la operación** (Cofece, 2015, p. 28) [el énfasis es nuestro].

No obstante, este intercambio no puede ser limitado. Tampoco puede ser utilizado como un mecanismo para adoptar conductas colusorias de forma previa a la consumación de la operación, o de modo permanente en caso la operación sea abandonada. Incluso cuando no sea la intención de las partes utilizar la información para fines an-

ticompetitivos, cuando la autoridad identifica un intercambio irrestricto que abarca información sensible sin que ello sea necesario para los fines de la operación, puede surgir el riesgo de que se considere que sí existió colusión.

En la medida que las partes de una operación deben ser consideradas como competidoras hasta que se produzca el cierre del proceso, se encontrarán sujetas a lo dispuesto en la Ley de Competencia, por lo que sus conductas podrán configurarse como una infracción en la modalidad de colusión horizontal, más aún si la operación es abandonada y las partes nunca llegan a conformar un único agente en el mercado.

Si bien el Indecopi no ha resuelto casos en los que se haya analizado la comisión de una infracción en dichos contextos, en Estados Unidos esto sí ha ocurrido. En dichos casos, se detectó que el intercambio de información entre las partes de la operación configuraba una infracción al artículo 1 de la *Sherman Act*, norma estadounidense que prohíbe acuerdos anticompetitivos entre competidores. Esta norma es similar al artículo 11 de la Ley de Competencia que, como señalamos, prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores (Decreto Legislativo 1034, 2008). Dada la similitud de ambas normas, la experiencia estadounidense resulta valiosa para determinar los criterios bajo los cuales se analizaría una infracción de este tipo en el Perú.

Un primer antecedente es el caso seguido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos bajo la Acción Civil 1:03CV00198, resuelto en el año 2003 (en adelante, *Caso Gemstar-TV Guide*). Este caso trata sobre la fusión de dos empresas competidoras en el mercado de guías interactivas para la programación de la televisión de paga, Gemstar-TV Guide International, Inc. (en adelante, Gemstar) y TV Guide, Inc. (en adelante, TV Guide).

En dicha oportunidad, antes de obtener la aprobación correspondiente, Gemstar y TV Guide adoptaron una serie de conductas dirigidas a limitar la competencia por clientes, entre las que se encuentran: repartirse mercados y clientes, y acordar precios y condiciones comerciales. Estas acciones fueron consideradas como acuerdos anticompetitivos que vulneraban el artículo 1 de la *Sherman Act* (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc*, Declaración de impacto competitivo, 2003, pp. 9-10). Las conductas de las partes también configuraron una infracción a las normas en materia de control de concentraciones en la modalidad de *gun jumping*. Ello en la medida en que la actuación conjunta en el mercado de las empresas le permitió a Gemstar asumir el control

del negocio de TV Guide de forma previa al cierre de la operación.

En lo relativo a la adopción de un acuerdo para la fijación de precios y condiciones comerciales, el Departamento de Justicia identificó que la conducta se habría viabilizado porque las partes compartieron información detallada y específica respecto de las ofertas y contraofertas que cada una recibió de sus clientes, los proveedores de los servicios de televisión de paga. Asimismo, las partes se mantuvieron al tanto de los contactos individuales que mantenían con estos últimos.

La información incluía comunicaciones de correo electrónico en las que constaban las negociaciones con sus clientes, tablas de tarifas, términos de contratos, e, incluso, los borradores de contratos que estaban negociándose antes del cierre de la operación (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, Demanda, 2003, pp. 13-14). El acceso a esta información fue esencial para que las partes pudieran acordar los precios y condiciones comerciales que exigirían a sus clientes de forma previa al cierre de la operación.

En la decisión final, tras determinar la existencia de la infracción, se impuso a las partes ciertas obligaciones para prevenir estos comportamientos en futuras operaciones con competidores. Así, se prohibió la revelación de información sobre precios actuales o futuros (incluyendo las proyecciones), o contratos relacionados con productos que sean objeto de competencia, siempre que esta información no se encuentre disponible públicamente al momento en el que ocurra la revelación. Adicionalmente, se establecieron ciertas excepciones para los intercambios de información que ocurran antes del cierre de la operación o al momento del *due diligence*. Estas excepciones incluyeron lo siguiente:

- 1) Información que se encuentra **razonablemente relacionada con el entendimiento de una parte respecto de futuras ganancias y prospectos**; y (2) cuando la revelación ocurra de conformidad con un **acuerdo de confidencialidad** que (a) limita el uso de la información a la ejecución del *due diligence* y (b) prohíba la revelación de esta información a cualquier empleado de la parte que recibe la información que se encuentre directamente vinculado

al marketing, fijación de precios o ventas de los productos (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, Sentencia final, 2003, p. 6) [el énfasis es nuestro] [traducción libre]⁹.

Esta orden se fundamentó en el reconocimiento de que existen situaciones en el marco del *due diligence* y la negociación en las que la información de precios puede ser necesaria para valorizar adecuadamente el negocio, a pesar de que, como regla general, los competidores no deben obtener este tipo de información antes del cierre de la transacción por los riesgos a la competencia que genera (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2003, pp. 15-16). Los comentaristas estadounidenses han puesto en relevancia la importancia de este caso, en la medida que permitió la imposición de criterios para efectuar el intercambio de información en el marco de operaciones, señalando que éste debe darse en un *need-to-know basis*, es decir, que solo deben acceder a la data las personas estrictamente necesarias para la ejecución de la operación (Liebeskind, 2003, pp. 9-10).

Como se puede apreciar, el caso brinda un aporte relevante, pues reconoce la necesidad de intercambiar información que puede tener carácter sensible. Sin embargo, también provee criterios para establecer un límite razonable al tipo de información que puede intercambiarse, así como las medidas y salvaguardas que deben implementarse para asegurar la protección del proceso competitivo.

Un caso más reciente es el seguido por el Departamento de Justicia bajo el Asunto 3:14-CV-04949, resuelto en el año 2014. En dicha oportunidad, dos empresas competidoras en el mercado de tableros de partículas, Flakeboard America Limited (en adelante, Flakeboard) y SierraPine, suscribieron un acuerdo para la adquisición de activos requiriendo la autorización previa correspondiente. Mediante el acuerdo, la primera adquiriría ciertos activos necesarios para la producción de los tableros de propiedad de SierraPine, los cuales eran molinos para la producción de partículas.

No obstante, antes de obtener la aprobación correspondiente, Flakeboard ordenó el cierre de operaciones en uno de los molinos que adquiriría y se

⁹ Traducción libre:

(1) the information is **reasonably related to a party's understanding of future earnings and prospects**; and (2) the disclosure occurs pursuant to a **non-disclosure agreement** that (a) limits use of the information to conducting due diligence and (b) prohibits disclosure of any such information to any employee of the person receiving the information who is directly responsible for the marketing, pricing or sales of the Competing Product(s) [el énfasis es nuestro].

detectaron una serie de conductas que, de acuerdo con la autoridad, habrían permitido migrar los clientes de la planta clausurada de SierraPine a favor de una planta de Flakeboard. Estas conductas habrían constituido un acuerdo anticompetitivo dirigido a reducir la oferta en el mercado geográfico y repartirse clientes, lo cual vulneraría el artículo 1 de la *Sherman Act*. En este caso, las conductas de las partes también configuraron una infracción a las normas en materia de control de concentraciones en la modalidad de *gun jumping*. Ello en la medida en que Flakeboard tomó acciones de control respecto de los activos que aún permanecían bajo la propiedad de SierraPine, su competidora.

En lo relativo a la adopción de un acuerdo para la reducción de la oferta y el reparto de clientes, el Departamento de Justicia sostuvo que la infracción de las partes se habría visto verificada en el hecho de que, además de cerrar la planta, Flakeboard había obtenido información sensible de SierraPine. La información incluía el nombre, contacto, tipos y volúmenes de productos adquiridos por los clientes de SierraPine en la zona de influencia de la planta clausurada. Esta información fue utilizada para que los empleados de Flakeboard pudieran contactar a los clientes de aquella, los cuales quedarían desatendidos con el cierre de la planta (*Estados Unidos c. Flakeboard America Ltd.*, Demanda, 2014, p. 12).

Es importante notar que las partes eventualmente abandonaron la operación, la cual, según el Departamento de Justicia, habría levantado serios cuestionamientos respecto de su efecto en la competencia; es decir, difícilmente hubiese sido aprobada. Sin perjuicio de ello, la planta de SierraPine permaneció cerrada una vez que la transacción fue abandonada sin planes de una posible reapertura. Este caso fue resuelto a través de una transacción bajo la cual las partes implicadas accedieron al pago de US\$ 5 millones cada una ante los cuestionamientos de infracción del Departamento de Justicia.

Este caso también nos permite observar cómo es que el intercambio de información es clave para implementar una conducta colusoria en el marco de una operación. Particularmente, grafica la importancia de fiscalizar el cumplimiento de la normativa de competencia en estos ámbitos. Si bien la adopción de prácticas colusorias durante un pe-

riodo limitado previo a una concentración podría ser una conducta con un impacto menor en el mercado, lo cierto es que siempre existe el riesgo de que la operación no se consuma, porque las partes la abandonan o porque no sea aprobada. En este escenario, la potencial operación les permite obtener información sensible que puede ser utilizada para fines anticompetitivos.

Al respecto, el Departamento de Justicia reconoció este riesgo. Por ello señalaron que, a pesar de que una adquirente puede requerir información de contratos con clientes para efectuar una adecuada valoración de la *target* en el proceso de *due diligence*, “como regla general, los competidores no deben obtener información futura de precios de clientes específicos antes de que la transacción se consuma, porque podría causar un daño a la competencia si la transacción se abandona” (*Estados Unidos c. Flakeboard America Ltd.*, Declaración de impacto competitivo, 2014, p. 12) [traducción libre]¹⁰. Esto fue precisamente lo que ocurrió en este caso.

Siendo ello así, como ocurre en los casos de operaciones fuera del contexto societario, el solo intercambio de información no será suficiente para acreditar la existencia de una infracción. Sin embargo, aun cuando los intercambios puedan ser necesarios en el marco de un *due diligence*, el envío de información que exceda lo estrictamente necesario para llevar a cabo la operación podrá generar cuestionamientos por parte de la autoridad.

Se debe resaltar que la potencial configuración de infracciones en el contexto de operaciones de concentración podrá darse con independencia de la necesidad de que la transacción específica deba someterse efectivamente al régimen de control de concentraciones empresariales. Esto debido a que como se señaló, las partes de la operación serán competidoras hasta que se produzca el cierre de la operación y, por eso se encontrarán sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Competencia.

Sin perjuicio de ello, en el caso de las operaciones que sí deben someterse al régimen de control de concentraciones, los intercambios de información no solo generarán riesgos en la medida que pueden facilitar una colusión. En efecto, la información no solo le permite a las partes unificar sus conduc-

¹⁰ Traducción libre de:

As a general rule, competitors should not obtain prospective, customer-specific price information before consummating a transaction because it could be used to harm competition if the transaction is abandoned. Nevertheless, a prospective acquirer may need information about pending contracts to properly value a business during the due-diligence process.

tas en el mercado, sino que, en ocasiones, también les permitirá implementar acciones que impliquen una ejecución prematura de la operación, es decir, infracciones en la modalidad de *gun jumping*. Como se señala en la siguiente sección, los intercambios también podrán facilitar infracciones a la Ley de Control de Concentraciones.

B. *Gun jumping*: infracción a la Ley de Control de Concentraciones

La Ley de Control de Concentraciones dispone un régimen de aprobación previa de los actos de concentración a fin de prevenir aquellas operaciones que puedan restringir la libre competencia en el mercado. Con tal motivo, la norma dispone que si tales actos tienen efectos en el territorio peruano y cumplen con los umbrales establecidos en la norma, deberán ser notificados ante el Indecopi (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019, artículos 2, 5 y 6).

En este sentido, el artículo 22.1 de la Ley de Control de Concentraciones establece que “[l]a ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo” (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019). Esta regla es aplicable en la mayoría de los regímenes de control de concentraciones, pues permite a las autoridades efectuar su análisis sin que exista el riesgo de que la operación se ejecute de forma previa a la emisión de un pronunciamiento. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Control de Concentraciones señala que esta regla es similar a la que se presenta en otros países de la región como Chile, Colombia, México y Estados Unidos (Ministerio de Economía y Finanzas, 2019, pp. 19-20).

En tanto las partes tengan la obligación de suspender la ejecución de las concentraciones, la norma define como infracción a la ejecución prematura de la operación. Particularmente, ello podrá ocurrir cuando esta se ejecute: (i) sin que se haya sometido al procedimiento de control (artículo 26.2.a); (ii) antes de que se emita una aprobación (artículo 26.2.b); o, (iii) habiéndose denegado esta última (artículo 26.3.b) (Decreto de Urgencia 013-

2019, 2019). Esta infracción es comúnmente denominada como *gun jumping*¹¹.

Es importante notar que estas infracciones solo pueden producirse respecto de las operaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Control de Concentraciones. Por ello, no podrá producirse un *gun jumping* en operaciones que no cumplan con los umbrales de la norma, es decir, aquellas de menor valor.

Al igual que ocurre en el caso de los cárteles desnudos, la simple verificación de que se haya ejecutado la operación de forma previa a la emisión de una autorización será suficiente para considerar que se ha cometido una infracción. No resulta necesario demostrar cuáles fueron los efectos de la conducta en el mercado, esto es, el impacto en consumidores y competidores no participantes de la operación.

Asimismo, de acuerdo al principio de primacía de la realidad¹², aun cuando formalmente la operación no se ejecute, las infracciones podrán configurarse cuando se verifique que se han tomado acciones que habiliten que, en los hechos, se produzca un cambio de control. Para ello, se analizará la verdadera naturaleza de la conducta de las empresas implicadas, sin perjuicio de las formas adoptadas. Así, para determinar si ocurrió una concentración *de facto*, se tendrá que realizar un análisis caso por caso para determinar si, atendiendo al tipo de operación y las conductas de las partes, es posible sostener que se produjo un cambio de control efectivo.

Uno de los posibles hechos indicativos de un *gun jumping*, o que podría facilitar que se conforme, es el intercambio de información entre las partes de la operación. En efecto, las partes pueden entregarse información esencial que les permita actuar como si el cambio de control ya hubiera ocurrido de forma previa a la emisión de una autorización del Indecopi. Por ejemplo, si comienzan a pre operar como una unidad o intercambian información sobre precios para los clientes.

A diferencia de lo que ocurre en la colusión, en este caso el riesgo no recae en la posibilidad de que dos agentes independientes tomen acciones

¹¹ Es importante notar que bajo el régimen aplicable al sector eléctrico el *gun jumping* también constituía una infracción a la normativa y, a la fecha, se resolvió un caso previo en el que se detectó la consumación prematura de una operación en el sector eléctrico. En dicha oportunidad, el Indecopi impuso una sanción de 100 UIT (equivalente a S/ 8 984 123,17) a la empresa infractora a través de la Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI. No obstante, el caso no involucró el intercambio de información como mecanismo para viabilizar el *gun jumping*, sino de la ejecución prematura a través del cambio de control derivado de acciones adoptadas en el extranjero.

¹² Este principio se encuentra contenido en el artículo 5 de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008) y artículo 11 de la Ley de Control de Concentraciones (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019).

similares, pero paralelas, en el mercado, sino en que empiecen a operar como una unidad. Si bien en ambas situaciones las conductas resultan en una reducción de la competencia en el mercado, la forma en la que la información sensible es utilizada difiere en cada caso.

En esta línea, el intercambio de información suele incluirse entre las actividades que pueden ser consideradas como ejecución prematura. A modo de ejemplo, los Lineamientos para el análisis de ejecución previa en actos de concentración del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (en adelante, los Lineamientos de *Gun Jumping* del CADE y el CADE, respectivamente) incluyen el intercambio de información. Al respecto, se señala que

la jurisprudencia del CADE, así como de otras autoridades internacionales, tienden a considerar que existe información sensible para la dinámica de la competencia y por ello el abuso en el intercambio de información podrá constituir un supuesto de *gun jumping* (CADE, 2016, p. 7) [traducción libre]¹³.

En efecto, es claro que, bajo la premisa de que la *target* se encontraría entregando información necesaria para la ejecución del acuerdo de adquisición, sería posible para la adquirente obtener información altamente sensible que le permita tomar acciones dirigidas a consumir la operación, sin que se haya emitido la aprobación correspondiente (Vigdor, 2006, p. 23).

Tal y como ocurre en el caso de colusión, este riesgo no solo se encuentra advertido en las directrices de autoridades internacionales, sino que además existen casos en los que se observan los criterios bajo los cuales el intercambio puede constituir un *gun jumping*. Uno de los antecedentes más relevantes en la materia es el caso estadounidense seguido por el Departamento de Justicia bajo el Asunto 1:01CV02062, resuelto en el año 2002. Este caso trata sobre la fusión de dos empresas competidoras en el mercado de software, Computer Associates International, Inc. (en adelante, Computer Associates) y Platinum Technology International, Inc. (en adelante, Platinum). Tras competir directa y agresivamente en varios segmentos del mercado de venta de software, las empresas suscribieron un acuerdo de fusión que requería autorización previa.

Como parte del acuerdo de fusión, las partes incorporaron una serie de disposiciones vinculadas a la gestión del negocio que le impedían a Platinum llevar a cabo una serie de acciones sin la previa aprobación de Computer Associates. Si bien muchas de las acciones restringidas eran recogidas habitualmente en los contratos de este tipo de operaciones, estando dirigidas a preservar el valor del negocio a ser adquirido, las limitaciones del contrato excedían lo regular e incluían disposiciones que le permitieron a Computer Associates ejercer control prematuro sobre Platinum (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, p. 13).

Estas disposiciones incluían la posibilidad de que Computer Associates fijara los precios y condiciones en los contratos de Platinum con sus clientes, la posibilidad de contratar servicios de consultoría, llevar la contabilidad y participar en eventos corporativos de ventas. El contrato incluso habilitaba la posibilidad de que miembros de la alta dirección de Computer Associates se instalaran en las oficinas de Platinum para controlar su política de clientes. Asimismo, se detectó que, como parte de estas prácticas, Computer Associates tuvo la oportunidad de acceder a información sensible de Platinum, revelarla y utilizarla sin limitaciones al interior de la primera empresa. Todos estos hechos demostraron que, desde la firma del contrato de fusión, quien ejerció el manejo de Platinum fue Computer Associates (*Estados Unidos c. Computer Associates International, Inc.*, Demanda, 2001, pp. 34-38).

La suma de estas conductas configuró una infracción a la *Clayton Act*, norma estadounidense en materia de control de concentraciones, en el extremo referido a la prohibición de implementar la operación de forma previa a que se apruebe, es decir, *gun jumping* (*Estados Unidos c. Computer Associates International, Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, p. 13). Asimismo, se debe notar que las restricciones a Platinum respecto de los términos y precios bajo los cuales podría comercializar sus productos a sus clientes y, particularmente, la prohibición a incorporar descuentos mayores al 20% sin la aprobación previa y por escrito de Computer Associates, fueron también consideradas como acuerdos anticompetitivos que vulneraría el artículo 1 de la *Sherman Act* (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, p. 10).

¹³ Traducción libre de: “[...] CADE’s case law and other authorities overseas tend to hold certain information particularly sensitive to the dynamics of competition, which is why the abuse on the information exchange may constitute *gun jumping*”.

Respecto de la información que fue objeto de intercambio, se identificó que Computer Associates había obtenido información específica y futura de clientes de Platinum. Esto incluía nombres de clientes, productos y servicios ofrecidos, lista de precios, descuentos y las justificaciones a los descuentos (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, pp. 9-10).

Al respecto, se estableció que, como regla general, este tipo de información no debe ser compartida entre competidores por los riesgos a la competencia que genera. No obstante, se señaló que existen situaciones en las que una parte pueda tener legitimidad comercial para acceder a esta información antes del cierre de la operación. Para reducir los riesgos de competencia en esos casos, se recomendó lo siguiente:

[...] las partes de la operación deben consultar con sus abogados respecto de las especificidades del caso en particular y adoptar una serie de salvaguardas. Éstas pueden incluir el uso de **un agente independiente para la recolección de información y su presentación de forma agregada u otra modalidad que permita proteger información de cliente o cualquier otra información sensible**. Adicionalmente, los **acuerdos de confidencialidad** son usualmente utilizados para limitar el uso de la información al proceso de due diligence. En algunos casos, las partes optan por no recibir información sensible y, en lugar de ello, deciden **utilizar mecanismos para ajustar el valor [de la target] después del cierre** (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, pp. 16-17) [el énfasis es nuestro] [traducción libre]¹⁴.

Asimismo, en la línea de lo resuelto en el Caso Gemstar–TV Guide, se señaló que un mecanismo adicional puede ser limitar el acceso a la información sensible a los empleados de la empresa que la necesiten a efectos de la realización del *due diligence* o la negociación de la transacción; y, que, en ningún caso, esta se encuentre disponible a los empleados encargados de marketing, fijación de precios o ventas. En la decisión final del caso, se establecieron limitaciones a las partes que seguían los criterios expuestos (*Estados Unidos c.*

Computer Associates International Inc., Sentencia final, 2002, pp. 3-4).

Como se puede apreciar, un mecanismo idóneo para prevenir el *gun jumping* también estaría constituido por la aplicación del *need-to-know basis* como criterio para evaluar el intercambio. Nuevamente observamos que no es posible definir reglas predeterminadas que prevengan estos riesgos y, por el contrario, es necesario implementar evaluaciones especializadas en cada caso. Asimismo, este caso permite identificar a ciertos tipos de empleados cuyo acceso debería encontrarse enteramente restringido por la naturaleza de sus funciones. Nuevamente, si bien esto constituye un punto de partida relevante, será necesario realizar evaluaciones y definir criterios que reflejan la realidad de la empresa específica.

Otro caso relevante, es el resuelto recientemente por la Comisión Europea en el Asunto M.7993 en el año 2018. En dicha oportunidad, la autoridad impuso una multa de €124.5 millones a la empresa Altice N.V. (en adelante, Altice) por ejecutar prematuramente su adquisición de la empresa PT Portugal SGPS S.A. (en adelante, PT Portugal), ambas pertenecientes al mercado de telecomunicaciones y media. Esta operación debió ser notificada a la autoridad europea y fue autorizada con ciertos cuestionamientos. Sin embargo, antes de la fecha de cierre, Altice tomó acciones en el mercado que significaron la ejecución prematura de la operación.

En particular, esta se reservó ciertas facultades en el contrato que le permitieron ejercer control efectivo sobre PT Portugal, como, por ejemplo, derechos de veto sobre la ejecución regular del negocio de la *target*. Asimismo, Altice ejerció influencia decisiva al darle instrucciones a aquella sobre como ejecutar sus campañas de marketing. Para ello, la empresa requirió y recibió información comercialmente sensible fuera del ámbito de aplicación del acuerdo de confidencialidad que las empresas habían suscrito como parte de la operación.

En este caso, la Comisión Europea determinó que no era posible alegar que el intercambio de información cuestionado se justificaba en la necesidad de valorizar el negocio de PT Portugal. En efecto, de acuerdo a los hallazgos de la autoridad, el intercambio se produjo antes de la autorización,

¹⁴ Traducción libre de:

[...] merging parties generally consult with counsel about the specifics of their particular situation and adopt a variety of safeguards. Such safeguards may include **employing an independent agent to collect the information and present the information in an aggregated or other form that shields customer-specific and other competitively sensitive information**. In addition, a **non-disclosure agreement** is often used to limit use of any bid information for due diligence purposes. In some cases, merging parties opt not to receive bid information, and instead **use other mechanisms to adjust the value after closing** [el énfasis es nuestro].

pero mucho tiempo después de la fase de *due diligence* (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p.88). Asimismo, se notó que el intercambio ocurrió sin que existieran acuerdos de confidencialidad que encargaran el acceso a la información a un tercero (*clean team agreements*) o que, al menos, limitaran el acceso y la difusión por parte de los empleados de Altice a la información de su competidora (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p. 88).

Este caso brinda un aporte adicional para la definición de lineamientos de intercambio relacionado a la temporalidad en la que información puede ser entregada a la adquirente. En efecto, como se observa, los intercambios que se efectúen en un periodo de tiempo irrazonable tendrán mayores posibilidades de ser considerados como indicativos de una infracción. No obstante, la temporalidad deberá medirse caso por caso, atendiendo a las características específicas de la operación.

Como defensa, Altice argumentó que la información no fue efectivamente usada para ejercer control sobre PT Portugal. Sobre este punto, la Comisión Europea estableció dos criterios que son de suma relevancia para el análisis de esta materia. En primer lugar, señaló que no es necesario probar que el control se ha ejercido efectivamente, en la medida en que la posibilidad de ejercer control con la información recibida será suficiente para demostrar que la operación se ejecutó. En segundo lugar, estableció que el hecho de obtener determinado tipo de información de la *target* constituye prueba del ejercicio de control. Ello se habría verificado en el hecho de que Altice requirió y obtuvo información que una empresa jamás otorgaría a un competidor, pero sí a un accionista (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p. 89).

Finalmente, la Comisión Europea sostuvo que, para acreditar un *gun jumping*, no es necesario probar que el intercambio de información tuvo un impacto negativo en el mercado, por ejemplo, que sirvió para que las partes coludan. Bastará con demostrar que el intercambio de información constituyó un ejercicio de control para determinar la configuración de una infracción (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p. 90).

Como se puede observar, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los intercambios e infracciones en la modalidad de colusión, la simple verificación de que existió un intercambio sí podrá ser suficiente para determinar que existió un *gun jumping*. Así, no será necesario probar que la información se utilizó para pre operar o que el mercado fue afectado como consecuencia de dicho intercambio. Sin embargo, para que ello configure una infracción, será necesario acreditar que el pedido

y la entrega de la información fueron consecuencia del ejercicio de una facultad de control prematura.

Las guías y los casos citados ponen en evidencia los aspectos más relevantes que deberán ser incluidos en los lineamientos o protocolos para el intercambio de información de una operación en particular. Asimismo, el material referido también grafica los riesgos que enfrentan los agentes que incurren en las conductas descritas. A fin de brindar una aproximación más cercana al caso peruano, en la siguiente sección se describen las potenciales infracción y facultades del Indecopi para investigar y subsanar la comisión de este tipo de conductas.

C. Sanciones y facultades de investigación del Indecopi

La sanción a la infracción a la Ley de Competencia en la modalidad de colusión horizontal dependerá de su gravedad. En caso la infracción sea considerada muy grave, esta podrá ser sancionada con multas de más de 1000 UIT y hasta el 12% 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 al de la resolución de la Comisión (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 41.1.c).

Adicionalmente, el Indecopi podrá ordenar el cumplimiento de medidas correctivas dirigidas a reestablecer el proceso competitivo o revertir los efectos lesivos productos de la infracción. Dichas medidas suelen consistir en el cese inmediato de la conducta infractora, así como la implementación de programas de cumplimiento en materia de libre competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 49).

A modo de ejemplo, es importante que, en el Caso Farmacias descrito previamente, las cinco cadenas de farmacias que participaron en un acuerdo colusorio viabilizado a través del intercambio de información fueron sancionadas con una multa total de 2 274,46 UIT (equivalente a S/ 8 984 123,17). De la misma forma, se le impuso como medida correctiva el cese de la conducta, así como la implementación de un programa de cumplimiento.

La definición de la infracción aplicable a la Ley de Control de Concentraciones por la ejecución anticipada de la operación dependerá de las condiciones en las que se produzca la ejecución. Si lo realiza sin que se haya sometido al procedimiento de control o antes de que se emita una aprobación, la infracción será considerada grave. En este caso, se podrá imponer una multa de hasta 1000 UIT, siempre que 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 al de la resolución de la Comisión.

Si la ejecución de la operación se produce a pesar de que la operación fue denegada, la infracción será considerada muy grave, y aplicarán las sanciones referidas previamente (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 41.1.b). Asimismo, el Indecopi se encuentra facultado a ordenar medidas correctivas dirigidas a revertir o disolver la operación que fue llevada a cabo sin la autorización previa (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019, artículo 31).

Para la detección de infracciones, el Indecopi cuenta con amplias facultades de investigación, pudiendo iniciar sus actividades de oficio o por una denuncia de parte (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 18.1). La autoridad cuenta con la posibilidad de realizar inspecciones sin previa notificación en las oficinas de los agentes investigados. En dichas inspecciones será posible tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa, así como recolectar copias de los archivos de correo electrónico del personal encargado del planeamiento y/o ejecución de la estrategia competitiva de la empresa (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 15.3.c).

Adicionalmente a ello, el Indecopi cuenta con la posibilidad de recibir la colaboración de partes implicadas en el procedimiento o de terceros que tuvieron conocimiento de la conducta infractora. Esto es posible gracias a sus programas de clemencia (artículo 26) y recompensas (artículo 28) (Decreto Legislativo 1034, 2008).

Al respecto, mediante el programa de clemencia, el Indecopi podrá recibir información determinante para la detección de una infracción de las partes, personas naturales o jurídicas, que estuvieron implicadas en la comisión de la conducta infractora. A cambio de esta colaboración, el Indecopi ofrecerá exoneraciones o reducciones en las multas correspondientes. Por su parte, mediante el programa de recompensas se entregará contraprestaciones económicas de hasta S/ 400,000.00 a los terceros ajenos a la infracción que tengan la posibilidad de brindar información determinante para la detección de la infracción.

III. MECANISMOS DE PREVENCIÓN

Como se puede apreciar, el intercambio irrestricto de información puede generar riesgos, incluso para las operaciones respecto de las cuales no sea necesario solicitar la autorización previa de una autoridad. El Indecopi cuenta con todos los mecanismos para detectar este tipo de infracciones y, como hemos mencionado, este organismo cuenta

con un ambiente propicio para fortalecer su actividad en el ámbito transaccional, dada la próxima entrada en vigencia del régimen general de control de concentraciones. En este contexto, es pertinente tener en cuenta la recomendación emitida por la Federal Trade Commission (en adelante, la FTC), autoridad de competencia estadounidense, que establece que la elaboración de lineamientos en el marco de operación —así como su monitoreo y cumplimiento— será esencial para prevenir infracciones (2018).

De acuerdo al análisis de los casos en los que se han producido incumplimientos derivados de intercambios irrestrictos, se evidencia que tanto la colusión como el *gun jumping* pueden prevenirse implementando criterios de razonabilidad para la definición de lineamientos que atiendan a la realidad de las empresas, el mercado y la operación.

En atención a ello, a continuación presentamos ciertas pautas para elaborar lineamientos que brinden niveles de protección suficientes, pero que no dificulten ni resten dinamismo a la operación y, consecuentemente, sean fácilmente aplicables por las personas naturales encargadas de la ejecución de la operación.

A. Determinación preliminar de la información sensible entre las partes de la operación

El primer paso será determinar qué información califica como sensible entre las partes. La categoría de información que podría ser problemática variará de acuerdo a la relación entre las partes y el mercado en el que participan en general. Por ejemplo, si las partes no compiten en el mercado, la información contenida en los contratos con los clientes puede no resultar problemática, a diferencia de lo que ocurriría en caso de que las empresas compitieran por clientes. Asimismo, la información de precios podría no presentar riesgos en un mercado sumamente transparente. Por ello, será necesaria una revisión caso por caso, que atienda a las particularidades de la operación.

En términos generales, mientras mayor sea la competencia entre las empresas involucradas y mayor sea el nivel de integración que se producirá como resultado de la operación, mayores serán los resguardos que deberán implementarse.

Sin perjuicio de la evaluación particular que requiera el caso concreto, como regla general, la información que tenderá a ser considerada sensible es aquella vinculada con precios, cantidades, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, inversión, tecnologías, investigación y desarrollo, estructura de costos, listas de clientes, condiciones

de negociación y contratación, entre otros (Indecopi, 2019, p. 9). Un excelente criterio para tener en consideración es evitar la entrega de información que, en condiciones normales, la empresa jamás alcanzaría a su competidor.

Por otro lado, algunos tipos de información que no serán considerados sensibles, pero que permiten calcular el valor del negocio que se adquiere son los siguientes: la información pública, agregada, histórica, información no comercial respecto a aspectos técnicos o procesos; políticas generales de autoridades estatales en sectores regulados; información generalizada de preferencias o necesidades del consumidor; tendencias generalizadas de la industria; la ubicación y valor de activos y oficinas; los sistemas operativos y de cómputo; concesiones; licencias; permisos y patentes; los métodos de contabilidad; información financiera general; información general de productos actuales y líneas de productos; costos corporativos generales; información general de iniciativas conjuntas o relaciones similares con otros agentes económicos; así como cualquier otra información de índole regulatoria y legal (Cofece, 2015, p. 29).

B. Contraste de información sensible con aquella cuyo intercambio es requerido para la operación

Tras identificar y calificar los tipos de información que podrían ser sensibles entre las partes de la operación, es necesario determinar si alguna de estas categorías requiere ser intercambiada para lograr los fines de la transacción. Para ello, se debe realizar una evaluación preliminar de las partes y del tipo de operación que se llevará a cabo. Asimismo, tiene que identificarse al personal que requiere hacer uso de esta información.

Para ello, es recomendable tener en consideración los siguientes criterios:

1. Información que debe ser intercambiada en función al tipo de operación

Solo será posible efectuar el intercambio de información sensible cuando esta sea necesaria para la debida ejecución de la operación. Para ello, se debe evaluar el tipo de información cuyo intercambio es necesario para negociar y ejecutar la operación. Esta evaluación debe ser restrictiva. Así, todo tipo de información sensible que sea objeto de intercambio debe contar con una finalidad específica en el marco de la operación. Tal y como se desprende de lo resuelto en el *Caso Gemstar-TV Guide*, la información debe encontrarse razonablemente relacionada con el entendimiento de una parte respecto de futuras ganancias y prospectos.

Asimismo, se debe determinar si es posible segregar y/o anonimizar los aspectos sensibles de la información a efectos de cumplir con la finalidad identificada. Es recomendable dejar registros documentales que reflejen la evaluación realizada. Ello, en concordancia con lo señalado en el *Caso Computer Associates-Platinum*, en el que se estableció que, como parte de las salvaguardas que pueden implementar las partes, es recomendable presentar la información de forma agregada u otra modalidad que permita proteger los aspectos sensibles de la información.

Por ejemplo, para la fusión o adquisición de la totalidad de acciones de una sociedad será relevante tener información de los volúmenes de venta de la empresa, en la medida que ello es necesario para evaluar el negocio. Para la adquisición de un activo productivo, como lo sería una planta, será necesario obtener información de las capacidades de producción del bien. No obstante, en dichos casos no sería necesario conocer los documentos o correspondencia internos en los que se recoja la estrategia comercial de la empresa.

2. Personal cuyo acceso a la información es requerido

Cuando la información es sensible y necesaria, se debe identificar a las personas que podrán acceder a la información a efectos de negociar y ejecutar la operación. Para ello, se deberá tener en cuenta el tipo de información, así como la finalidad que su intercambio cumple en el marco de aquella. Ello en la línea de las recomendaciones formuladas a través de los casos estadounidenses en los que se establece el *need-to-know basis* como criterio para la determinación de la información que debe ser transferida, así como las personas que podrán acceder a ella.

Asimismo, de conformidad con lo resuelto en el *Caso Computer Associates-Platinum*, en principio, el personal que acceda a la información sensible no deberá incluir a funcionarios involucrados en la producción y/o comercialización de productos pertenecientes a los mercados en los que las partes de la operación compiten, de ser el caso. En efecto, se debe evitar el acceso a funcionarios que, por la naturaleza de sus cargos, puedan hacer un uso indebido de la información sensible.

C. Determinación de mecanismos de protección

Una vez identificados los aspectos esenciales vinculados al intercambio de información sensible, se deberá evaluar el tipo de medidas que deben implementarse para mitigar los riesgos de competencia. Estas medidas pueden incluir lo siguiente:

1. Elaboración y suscripción de acuerdos de confidencialidad

Como ha sido puesto en evidencia en los casos analizados en el presente trabajo, la suscripción de acuerdos de confidencialidad será crucial para efectuar un intercambio seguro de información. Los acuerdos de confidencialidad o *non-disclosure agreements* que usualmente se suscriben entre las partes de la operación deberán contar con disposiciones adicionales para el resguardo de la información sensible. Se tratará de resguardos dirigidos a garantizar la protección adecuada a la información, así como limitar el acceso y uso que podrá dar la parte que la recibe.

Estas disposiciones incluirán: (i) la identificación de información sensible que deberá ser intercambiada y del personal de cada parte que podrá tener acceso a ésta; (ii) reconocimiento de que cada parte mantendrá la titularidad de la información que será intercambiada; (iii) obligación a devolver o destruir la información en caso se suspendan las negociaciones o la operación no sea consumada; (iv) penalidades u obligaciones de reparación en caso de incumplimiento; y, (v) mecanismos eficientes para la solución de controversias.

2. Designación de *clean teams*

Teniendo en consideración el personal cuyo acceso a la información es necesario en un *need-to-know basis*, se podrá conformar un *clean team* dentro de la empresa. El acceso a la información sensible se restringirá únicamente a los miembros de este equipo, quienes deberán capacitarse en materia de libre competencia y firmar compromisos de confidencialidad personales.

Este equipo estará conformado por los miembros del personal de la empresa que se han identificado como aquellos que negociarán y ejecutarán la operación. Este equipo no deberá, en ningún caso: (i) estar conformado por miembros de la empresa que definen la política competitiva; o, (ii) compartir la información sensible con dicho personal. En caso sea posible, a efectos de brindar mayor protección en casos de operaciones que involucran a competidores en mercados sensibles, el *clean team* podrá estar conformado por asesores externos de la compañía tales como abogados, una consultora, etc.

3. Resguardos informáticos en el *data room* (creación de un *clean room*)

Se deberá establecer resguardos adicionales para la información que califique como sensible y que sea almacenada en los *data room* utilizados para el intercambio de información en el marco de la

operación. Para ello, se podrá designar un espacio dentro del *data room* con acceso restringido para los miembros del *clean team*, el cual podrá denominarse *clean room*. Este espacio deberá contar con medidas tales como (i) contraseñas adicionales para acceder a la información necesaria para la operación que califica como sensible; (ii) restricciones para la descarga, impresión y envío de información; (iii) historiales de acceso; entre otros.

4. Definición de plazos para el intercambio de información

De acuerdo a la estructura de la operación, las partes deberán fijar los plazos en los que resulta razonable contar con un intercambio de información, y establecer los criterios por los cuales podría darse intercambios posteriores. En efecto, de conformidad con lo resuelto por la autoridad europea en el Caso Altice/PT Portugal, los intercambios que se produzcan una vez concluida la etapa de *due diligence* y negociación, deberán contar con sustento que demuestre que son estrictamente necesarios para la ejecución de la operación.

D. Seguimiento y cumplimiento

De conformidad con las recomendaciones formuladas por la FTC, los protocolos o lineamientos para el intercambio de información deberán contar con disposiciones dirigidas a garantizar su seguimiento y cumplimiento. Para ello, es recomendable incorporar (i) sanciones y medidas disciplinarias internas por el incumplimiento de las disposiciones; (ii) mecanismos para la recepción de denuncias anónimas para el incumplimiento; y, (iii) programas de cumplimiento y capacitación, entre otros.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las últimas dos décadas han mostrado un incremento constante en el mercado de las fusiones y adquisiciones en el Perú, tanto a nivel de inversiones locales, como regionales y globales. A excepción de las operaciones efectuadas en el sector eléctrico, estas han sido realizadas sin la mirada habitual del control de concentraciones a las que se sujetan en diversas jurisdicciones.

Sin embargo, la Ley de Control de Concentraciones impondrá cambios relevantes y nuevos desafíos a la forma en que se llevarán a cabo las operaciones de fusiones, adquisiciones, *joint ventures* y acuerdos colaborativos similares en el Perú, en particular, en lo referido al intercambio de información que las acompaña.

Es claro que esta práctica es indispensable para que las operaciones como las descritas lleguen

a buen puerto. Sin embargo, al mismo tiempo, debido a la sensibilidad de la información que potencialmente puede ser materia de intercambio, este se erige como un asunto de especial relevancia desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Quienes estructuren, negocien y documenten operaciones de fusión y/o adquisición de empresas deberán estar alertas a posibles contingencias que pongan sobre la mira intercambios que puedan levantar sospechas de una práctica colusoria horizontal entre las partes de la operación, o que supongan incurrir en la figura de *gun jumping*. Con tal fin, será indispensable que las partes establezcan en la esfera transaccional los resguardos necesarios para evitar que el necesario intercambio de información pueda causar dichos efectos, incluyendo el establecimiento de parámetros y lineamientos como los aquí descritos, así como mecanismos de supervisión y seguimiento que garanticen su cumplimiento. ¶

REFERENCIAS

- Federal Trade Commission (20 de marzo de 2018). Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence [entrada de blog]. <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger>
- Kroes, N. (10 de marzo de 2005). *Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe* [Discurso]. Conferencia del International Bar Association / European Commission 'Anti-trust reform in Europe: a year in practice', Bruselas, Bélgica.
- Liebeskind, R. (2003). *Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*. Presentado al ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting, San Francisco, Estados Unidos.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018). *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú 2018*. <https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-del-competencia-peru-2018.htm>
- Quintana Sánchez, E. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Libre Competencia*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Vigdor, W. (2006). *Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun-jumping and Information Exchange*. ABA Book Publishing.

Whish, R., & Bailey, D. (2015). *Competition Law* (8va ed.). Oxford University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 12 de octubre de 2016, Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, Expediente 008-2010/CLC (Perú).
- Comisión Europea (2011). *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*.
- Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2015). *Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos* (Mex.). https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-007-2015_-guia_intercambio_info_agentes_eco.pdf
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica [CADE] (2016). *Guidelines for the Analysis of Previous Consummation of Merger Transactions* (Br.).
- Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).
- Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).
- European Commission, Commission Decision, Case M. 7993 – Altice/PT Portugal, Article 14(2) procedure, 24 Apr., 2018, (EU).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2019). *Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/3752033/Gu%C3%ADa+de+Asociaciones+Gremiales+y+Libre+Competencia/>
- (2019). *Lineamientos del Programa de Recompensas*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/02/Lineamientos-del-programa-de-recompensas-LP.pdf>

- (2017). *Guía del Programa de Clemencia*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0a0d49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff>
- (2020). *Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>
- Ministerio de Economía y Finanzas (2019). *Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, Decreto de Urgencia 013-2019*. <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2019/Noviembre/19/EXPDU-013-2019.pdf>
- Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de noviembre de 1997 (Perú).
- Presidencia del Consejo de Ministros (2008). *Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf
- Sala de Defensa de la Competencia Nº 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 5 de abril de 2011, Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI, Expediente 010-2009/CLC (Perú).
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 27 de diciembre de 2017, Resolución 783-2017/SDC-INDECOPI, Expediente 008-2010/CLC (Perú).
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 26 de agosto de 2019, Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 011-2015/CLC (Perú).
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 12 de septiembre de 2019, Resolución 171-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 004-2014/CLC (Perú).
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 10 de diciembre de 2019, Resolución 225-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 005-2014/CLC (Perú).
- United States v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International, Inc., 1:01CV02062 (D.C. Dist. Ct.), Complaint for Equitable Relief and Civil Penalties, 28 Sept., 2001.
- United States v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International, Inc., 1:01CV02062 (D.C. Dist. Ct.), Competitive Impact Statement, 23 Apr., 2002.
- United States v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International, Inc., 1:01CV02062 (D.C. Dist. Ct.), Final Judgement, 20 Nov., 2002.
- United States v. Flakeboard America Ltd., 3:14-CV-04949 (Cal. Dist. Ct), Complaint, 14 Jul., 2014.
- United States v. Flakeboard America Ltd., 3:14-CV-04949 (Cal. Dist. Ct), Competitive Impact Statement, 14 Jul., 2014.
- United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc., and TV Guide, Inc., 1:03CV00198 (D.C. Dist. Ct), Complaint for Equitable Relief and Civil Penalties, 2 Jun., 2003.
- United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc., 1:03CV00198 (D.C. Dist. Ct), Competitive Impact Statement, 19 Mar., 2003.
- United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc., 1:03CV00198 (D.C. Dist. Ct), Final Judgement, 7 Nov., 2003.