

DISTANCIAMIENTO EMPRESARIAL: RIESGO DE “CONTAGIO” EN ALIANZAS Y FUSIONES

BUSINESS DISTANCING: RISK OF “CONTAGION” IN ALLIANCES AND MERGERS

Vincent Poirier-Garneau*
APOYO Consultoría
Fiorella Zumaeta Castro**
Miranda & Amado

Cooperation agreements and mergers and acquisitions are frequent operations that enable the achievement of efficiencies. However, the resulting increase in market concentration could lead to a reduction (or elimination) of competitive pressures, among other aspects. For this reason, it is necessary for the competition authorities to carry out a thorough evaluation, but at the same time, within the parameters of reasonableness, before approving a transaction of this caliber, both in normal times and in times of crisis.

In this article, the authors analyze various alternatives of inorganic growth through national, regional and comparative experience, in order to present the importance of a careful operation structuring along with the implementation of competition best practices, conditions that must be maintained in both normal times and in critical times such as the one that is experienced by the COVID-19.

KEYWORDS: *Inorganic growth; collaboration agreements; merger and acquisitions; merger control; crisis.*

Los acuerdos de colaboración y las fusiones y adquisiciones son operaciones frecuentes que viabilizan la materialización de eficiencias. Sin embargo, existe el riesgo de que estas sean utilizadas con la finalidad de reducir o eliminar presiones competitivas, entre otros aspectos. Es por esta razón que es necesario que las autoridades de competencia, antes de aprobar una operación de este calibre, realicen una evaluación rigurosa, pero, a su vez, ceñida a los parámetros de razonabilidad, tanto en tiempo normales como en tiempos de crisis.

En el presente artículo, los autores analizan diversas alternativas de crecimiento inorgánico a través de la experiencia nacional, regional y comparada, con la finalidad de exponer la necesidad de una estructuración cuidadosa de las operaciones acompañada de la implementación de buenas prácticas en materia de competencia, condiciones que deben mantenerse en tiempos normales y en tiempos críticos como el que se vive a nivel mundial por el COVID-19.

PALABRAS CLAVE: *Crecimiento inorgánico; acuerdos de colaboración; fusiones y adquisiciones; control de concentraciones; crisis.*

* Economista. Magíster de Ciencias (MSc) en Finanzas y Economía por la London School of Economics (Londres, Inglaterra). Socio en APOYO Consultoría (Lima, Perú). Contacto: vpoirier@apoyoconsultoria.com

** Abogada. Magíster en Derecho (LL.M.) por la New York University, becaria “Dean’s Award”. Asociada en Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: fzumaeta@mafirma.com.pe

Los autores agradecen el apoyo brindado por Nicole Balarezo Urteaga y Rodrigo Ezcurra Robledo, para la elaboración del presente artículo.

El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 6 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 25 de septiembre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Durante la pandemia, hemos aprendido que el aislamiento y distanciamiento social son estrategias válidas para prevenir contagios, pero también bastante onerosas. Con la gradual reactivación de la economía, dirigida por el Estado durante el segundo semestre del 2020, muchos han debido regresar a un mayor grado de contacto social —ya sea para trabajar, hacer un trámite en el banco o comprar bienes de primera necesidad— para lo cual han implementado otras estrategias para neutralizar el riesgo de contagio, tales como el uso de mascarillas, geles desinfectantes, etc. Existen riesgos, por supuesto, pero la implementación de medidas de protección está diseñada para mitigarlos, de tal manera que los beneficios que generará la salida —por ejemplo, la obtención de medicamentos o generación de empleos— lleguen a compensar los riesgos.

En el mundo empresarial, no tiene por qué ser diferente. En efecto, en contextos regulares —y más aún en tiempos de crisis económica— las empresas buscan impulsar su crecimiento, conservar su unidad de negocio o, en casos de insostenibilidad financiera, salir ordenadamente del mercado. En muchas ocasiones, necesitarán unir sus esfuerzos con otros actores del mismo mercado —incluso con sus competidores— para lograr este objetivo, lo cual podría conllevar a un riesgo de “contagio” (posibilidad de coordinación anticompetitiva o consolidación y eventual abuso de una posición de dominio). En estos escenarios, resulta clave ponderar tales riesgos con las eficiencias que se desprenden de la colaboración y, de ser el balance positivo, prever las acciones que se implementarán para evitar el “contagio”.

Este tipo de colaboración, que refleja una estrategia de crecimiento inorgánico, contrasta con lo que ocurre en el crecimiento orgánico en tanto se basa en el acceso a activos ajenos a la empresa. A través de esta herramienta, las empresas unen fuerzas con otros actores del mercado para alcanzar un crecimiento en menor tiempo y, en muchas ocasiones, también con menores riesgos para realizar el retorno de su inversión.

La elección de la vía más conveniente de crecimiento inorgánico —ya sea una fusión, adquisición o un acuerdo de colaboración en sus distintas modalidades— dependerá en gran medida de la

situación financiera de la empresa, pero también de factores exógenos como la estructura del mercado o el contexto global económico. En contextos de crisis, como el que se vive actualmente a nivel mundial como consecuencia del COVID-19 y las medidas dictadas para combatirlo, el crecimiento inorgánico horizontal puede resultar óptimo para acelerar la diversificación de un negocio o reestablecer la sostenibilidad financiera de una empresa.

No obstante, cualquiera fuere el camino que se tome, no puede perderse de vista que este conjunto de estrategias de crecimiento genera potenciales riesgos de restricción de la competencia. Sobre la base de la experiencia nacional, regional y comparada, en el presente artículo los autores analizan diversas alternativas de crecimiento inorgánico, sus implicancias en términos de competencia y el grado de involucramiento de la autoridad de competencia, al margen de la necesidad de obtener una autorización previa de la misma.

Este análisis permite sostener que, si bien este tipo de operaciones puede ser potencialmente riesgoso, una estructuración cuidadosa acompañada de la implementación de buenas prácticas en materia de competencia permitirá generar crecimiento para las empresas y al mismo tiempo mejorar las condiciones de mercado en beneficio de los consumidores. Las normas de competencia son igual de aplicables y necesarias en tiempos de salud y también de pandemia.

II. “ACUERDOS DE COLABORACIÓN” Y “FUSIONES Y ADQUISICIONES”: ALCANCES, UTILIDAD Y PUNTOS DE CONTACTO

El crecimiento inorgánico puede darse principalmente en el plano vertical (por ejemplo, entre un fabricante y un distribuidor) y horizontal (entre actores que operan en el mismo nivel de la cadena de producción)¹. Este último supuesto, a su vez, puede generarse entre competidores (reales o potenciales) y no competidores (por ejemplo, aquellos que operan en mercados geográficos distintos).

En este artículo los autores se centran, en concreto, en los acuerdos o actos de concentración horizontal entre competidores, reales o potenciales, pues este tipo de operaciones suele generar mayores preocupaciones desde el punto de vista de competencia².

¹ Esto sin perjuicio de las operaciones de tipo de conglomerado.

² Esto de ninguna manera significa que las otras variantes de crecimiento inorgánico (por ejemplo, una integración de dos empresas en distintos eslabones de una misma cadena productiva) no puedan enfrentar cuestionamientos desde el punto de vista de competencia, sobre todo si los participantes cuentan con un importante poder de mercado.

A. Conceptos preliminares

Teniendo en cuenta el grado de integración, los vínculos de propiedad y la injerencia que pueden tener entre sí las empresas involucradas en una operación, para efectos del presente artículo agruparemos las estrategias de crecimiento inorgánico horizontal en dos categorías principales: por un lado, “acuerdos de colaboración” y por el otro, “fusiones y adquisiciones”³ (véase Figura 1).

1. Acuerdos de colaboración

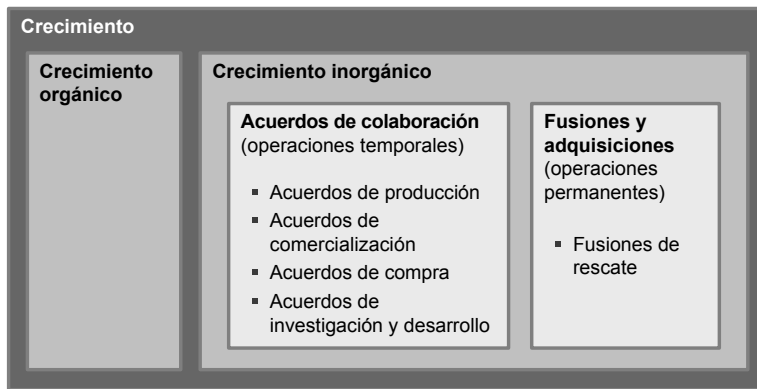
Los **acuerdos de colaboración** (también conocidos como ‘acuerdos de cooperación’ o “proyectos conjuntos”), para efectos del presente artículo, incluyen a todos aquellos convenios, alianzas, consorcios, *joint ventures*⁴ y otras modalidades contractuales que celebran los agentes económicos, con independencia de la creación o no de un ente en común⁵. Típicamente conformado por acuerdos que tienen vigencia por un tiempo limitado y que se celebran para fines determinados (por ejemplo, una plataforma conjunta de distribución de productos o un proyecto de investigación y desarrollo). Por su objeto se clasifican en cuatro categorías (Federal Trade Commission & the U.S. Department of Justice, 2000; Comisión Europea, 2011)⁶. Dichas categorías son las siguientes:

- a) Acuerdos de producción: en los acuerdos de producción las partes cooperan para producir bienes de manera directa (ambas o una de ellas) o vía subcontratación (a un tercero).
- b) Acuerdos de comercialización: los acuerdos de comercialización pueden implicar acuerdos para vender, distribuir o promover bienes o servicios que se producen de manera conjunta o individualmente.
- c) Acuerdos de compra: los acuerdos de compra permiten la negociación conjunta para la compra de productos, así como la centralización de pedidos (insumos) y combinación de funciones de almacenamiento, principalmente.
- d) Acuerdos de investigación y desarrollo (I+D): en los acuerdos de investigación y desarrollo (I+D) las partes aportan activos, tecnología o conocimientos técnicos para desarrollar una determinada investigación.

2. Fusiones y adquisiciones

Las **fusiones y adquisiciones** son aquellos acuerdos por los cuales dos o más partes integran el total o parte de sus activos para formar un nue-

Figura 1: Estrategias de crecimiento horizontal



Fuente: Elaboración propia.

³ Esta clasificación ha sido efectuada para fines prácticos sin que ello desconozca la existencia de variantes dentro de estos tipos de operaciones.

⁴ Al respecto, es importante diferenciar los *joint ventures* que buscan el desarrollo conjunto de ciertos aspectos del negocio de aquellos de integración total (*full-function*). Como será desarrollado más adelante, de acuerdo con la legislación peruana, los *joint ventures* que generen un cambio permanente en la estructura de control serán considerados como un acto de concentración susceptible de notificación siempre que se cumplan los umbrales legalmente previstos.

⁵ No se considerarán como **acuerdos de colaboración** aquellos acuerdos desnudos que tienen por objeto la fijación de precios o condiciones comerciales, limitación de producción o ventas, reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas, o establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones.

⁶ Si bien las Directrices de la Comisión Europea agregan los acuerdos de “intercambio de información” y de “estandarización”, el grueso de sus matices se encuentra inmerso en las cuatro categorías descritas. En efecto, por un lado, todos los acuerdos de colaboración requieren de un mayor o menor grado de intercambio de información para su realización y, por otro, la definición de estándares puede estar presente en proyectos de producción o comercialización.

vo ente común, independiente y con vocación de permanencia. Se pueden evidenciar ejemplos de fusiones y adquisiciones en las operaciones de compra-venta de negocios o unidades productivas, o la consolidación de marcas competidoras sobre una nueva y única marca.

B. Marco legal

El marco normativo peruano cuenta con (i) un régimen de control de concentraciones conformado por el Decreto de Urgencia 013-2019⁷, que entraría en vigencia en marzo de 2021, así como la Ley 31112,⁸ que entraría en vigencia, aproximadamente, a mediados de marzo de 2021 derogando el Decreto de Urgencia⁹ (en adelante, la LCC); y, (ii) una ley de represión de conductas anticompetitivas, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), vigente desde julio de 2008.

De otro lado, hasta la entrada en vigencia de la LCC, en marzo de 2021, se encontrarán vigentes la Ley 26876 y su Reglamento, aprobados mediante Decreto Supremo 17-98-ITINCI, (publicados en noviembre de 1997 y octubre de 1998, respectivamente) que establecieron un sistema de control de estructuras aplicable a las concentraciones de tipo vertical u horizontal, concretamente en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

De acuerdo con la LCC, artículos 5 y 6, las operaciones que (i) impliquen una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa; y, (ii) cuyos participantes superen los umbrales individuales y conjuntos de 18,000 y 118,000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), respectivamente, se encuentran sujetas al sistema de aprobación previa (Ley 31112, 2021). Dentro de dichas operaciones, entre otras, se incluyen las fusiones, ad-

quisiciones, y la constitución de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga.

Las operaciones no cubiertas por la LCC se rigen bajo la LRCA, norma que faculta al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) para –vía fiscalización *ex post*– reprimir conductas anticompetitivas, tales como acuerdos horizontales y verticales, así como abusos de posición de dominio. Para estos fines, Indecopi puede imponer multas y dictar medidas que incluyen, entre otras, la inoponibilidad de cláusulas que infrinjan las normas de competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículos 14, 46 y 49).

En materia de acuerdos de colaboración, el “Precedente CIVA”¹⁰ establece tres reglas. En primer lugar, existen acuerdos que pueden restringir la competencia, pero que no serán ilegales por sí mismos si se derivan de un acuerdo de cooperación que busca fortalecer la posición competitiva del grupo integrante. En segundo lugar, si el acuerdo de colaboración resulta esencial para la provisión del bien o servicio, este y sus eventuales efectos restrictivos se reputarán legales. Caso contrario, en tercer lugar, se deberá acreditar la concurrencia de las siguientes condiciones: (i) que los participantes desarrollen una actividad económica de manera conjunta y que su principal objetivo no sea restringir la competencia; (ii) que el acuerdo incremente la eficiencia del grupo integrado y sea aplicado dentro de los límites necesarios para alcanzarla; y, (iii) que las cuotas de mercado de los participantes no generen el riesgo de que el acuerdo afecte a la competencia (Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, 1997). Aunque el “Precedente CIVA” fue formalmente derogado por el “Precedente SOAT”¹¹ del año 2003, Indecopi sigue utilizando tales criterios hasta la fecha¹².

⁷ Publicado en noviembre de 2019 y modificado por el Decreto Legislativo 1510, publicado en mayo 2020.

⁸ Publicada en enero de 2021.

⁹ La vigencia de la Ley 31112 (que dispone la derogatoria del Decreto de Urgencia) se encuentra supeditada a la publicación de su reglamento, así como de las normas de adecuación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Teniendo en consideración que ninguna de estas normas ha sido publicada dentro del plazo previsto por la Ley 31112, es posible que el Decreto de Urgencia entre en vigencia por algunos días de marzo, salvo que se adelante la entrada en vigencia de la Ley 31112 o se publique una norma derogatoria del Decreto de Urgencia. A la fecha de la redacción del presente artículo no se cuenta con más información sobre esta materia.

¹⁰ Aprobado mediante Resolución 206-97-TDC/INDECOPI del 13 de agosto de 1997 en el marco del procedimiento seguido por CIVA contra Mariscal Cáceres y otros. La denuncia cuestionó un reglamento interno que contenía cláusulas de repartición de rutas y fijación de precios aplicable a ciertas empresas que se habían unido para prestar conjuntamente el servicio de transporte terrestre interprovincial de pasajeros.

¹¹ Aprobado mediante Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003. En dicho procedimiento se analizó un acuerdo de precios entre diversas compañías aseguradoras en relación con las pólizas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT.

¹² Al respecto véanse las Resoluciones 069-2010/CLC-INDECOPI, 056-2011/CLC-INDECOPI, 019-2016/CLC-INDECOPI y 030-2018/CLC-INDECOPI.

Siendo ello así, a partir de marzo de 2021, algunos **acuerdos de colaboración** y algunas **fusiones y adquisiciones** estarán sometidos a un régimen de control previo y el resto de operaciones no cubiertas por la LCC se seguirá rigiendo por la LRCA. Para los casos de acuerdos de colaboración, además resultarán aplicables los criterios contenidos en el Precedente CIVA. De este modo, en ambos escenarios señalados las partes deberán cuidar que sus operaciones no impongan restricciones prohibidas o poco razonables desde un punto de vista de competencia.

C. Viabilidad

Las decisiones de las empresas de optar por estrategias de crecimiento inorgánico horizontal, ya sea por un acuerdo colaborativo o por una fusión o adquisición, son motivadas por el mismo tipo de incentivos. A través de todas estas estrategias, las partes involucradas buscan reducir sus costos de transacción, lograr economías de escala, ganar acceso a nuevas tecnologías, recursos, mercados, áreas geográficas, reducir costos de investigación, entre otros (Sawler, 2005, pp. 243-248).

Sin embargo, optar por una u otra alternativa implica una decisión para las partes, las cuales deben ponderar entre su apetito por flexibilidad y control. La literatura señala que las empresas preferirán **flexibilidad** cuando existe incertidumbre respecto del entorno competitivo, hay una elevada dispersión del conocimiento, una limitada dotación inicial de recursos, y las sinergias que puedan generarse solo son temporales. Así, en estos casos, la empresa preferiría un acuerdo colaborativo ante una fusión. En contraste, en aquellos casos donde las empresas enfrentan mayor necesidad de **control** (por ejemplo, cuando existe incertidumbre respecto del comportamiento esperado de su contraparte, la operación demande grandes volúmenes de inversión, y las economías de escala y alcance puedan sostenerse), la empresa preferiría una fusión o adquisición antes que un acuerdo colaborativo (Hoffman & Schaper-Rinker, 2001, pp. 131-159).

Es relevante también la disponibilidad de recursos de las partes. Por su naturaleza, los acuerdos de colaboración demandan prestaciones de todos los participantes. Si bien la naturaleza o la magnitud de los aportes de cada integrante puede variar en función del acuerdo (por ejemplo, en un acuerdo de producción uno puede aportar maquinaria y otro la mano de obra, o en un I+D ambos pueden desarrollar equitativamente la investigación),

siempre se tratará de prestaciones recíprocas aun cuando no sean equivalentes.

En aquellos casos en los que las presiones financieras de una empresa no le permitan asumir este tipo de compromisos (por ejemplo, cuando se encuentra en una situación de insolvencia) la empresa todavía puede optar por una operación de fusión o adquisición antes de decidir su salida definitiva del mercado (lo cual puede darse en el marco de un procedimiento concursal). Así, optar por esta alternativa puede generar beneficios al mercado que, en situaciones donde las eficiencias lo sustenten, mantendrá importantes activos a disposición de los consumidores. De este modo, más allá de ser un mecanismo de **concentración del mercado**, las fusiones y adquisiciones juegan un rol de asignación eficiente de recursos y su utilidad cobra incluso más importancia en tiempos de crisis.

No obstante, a pesar de sus beneficios, es innegable que cualquiera de estas figuras puede ser utilizada para los fines contrarios e ilícitos, ya sea para coludirse, hacer abuso de un mayor poder de mercado o eliminar presiones competitivas. Es por eso que la autoridad de competencia mira con mucha cautela su aprobación o fiscalización *ex post* (en el marco de una denuncia o estudios de mercado, por ejemplo).

Teniendo ello en cuenta, este artículo aborda los riesgos que estas estrategias de crecimiento imponen a la competencia analizando, a través de casos concretos, cómo algunas circunstancias (mercados concentrados, crisis económica, entre otros) pueden exacerbar o diluir la materialidad de tales riesgos. Ello permitirá dar mayor visibilidad a las empresas y a la autoridad de competencia sobre la necesidad y pertinencia de estos mecanismos en determinados contextos como la crisis económica desatada por el COVID-19, pero también sobre las medidas de cuidado que deberán ser adoptadas en ciertos casos para evitar la restricción de la competencia.

III. RIESGOS DE COMPETENCIA EN LOS “ACUERDOS DE COLABORACIÓN” Y “FUSIONES Y ADQUISICIONES”

Al margen de sus diferencias, tanto los **acuerdos de colaboración** como las **fusiones y adquisiciones** viabilizan la concentración del mercado. Esta situación puede facilitar la coordinación entre competidores (los llamados “efectos coordinados” en el caso de operaciones de concentración¹³ o

¹³ Se entiende por “efectos coordinados” al riesgo de coordinación entre la entidad concentrada con sus competidores. Este riesgo se facilita por el incremento del poder de mercado resultante de la operación.

Figura 2: Tipificación de riesgos de competencia

Riesgos	Acuerdos de colaboración	Fusiones y adquisiciones
Efectos coordinados y pérdida de independencia (Sección 3.1)	Efecto coordinado i) Menores costos de coordinación, fiscalización y castigo por desviación de acuerdos. ii) Homogeneidad de estructuras de producción.	
	Pérdida de independencia (coordinación entre las partes del acuerdo) i) Acceso a información que facilita la coordinación de estrategias competitivas. ii) Plataforma para objetos externos al acuerdo.	No aplica.
Efectos unilaterales (Sección 3.2)	Abuso de posición de dominio i) Establecimiento de condiciones que restringen la competencia. ii) Afectación a otros mercados por poder de negociación.	

Fuente: Elaboración propia.

el riesgo de pérdida de independencia entre los agentes participantes en un acuerdo de colaboración) o incrementar el poder de mercado de los participantes de la operación (los llamados “efectos unilaterales” en operaciones de concentración) (véase Figura 2).

Es claro que identificar correcta y oportunamente el tipo de riesgo y su magnitud permite plantear mejoras en el diseño de la operación o, en todo caso, preparar medidas idóneas para su mitigación. A continuación, se describen estos riesgos y el enfoque que adoptan las autoridades de competencia en su análisis.

A. Efectos coordinados y pérdida de independencia

La implementación de acuerdos de colaboración, fusiones o adquisiciones genera una reducción del número de participantes del mercado relevante. En mercados concentrados, esto puede facilitar el riesgo de coordinación entre competidores, ya sea de manera directa o tácita.

Esto supone que, a menor número de competidores en el mercado, menores son los costos de transacción para llegar a un acuerdo (o anticipar lo que harán otros jugadores), monitorearlo y castigar un eventual desvío respecto de lo acordado. Asimismo, el menor número de competidores generaría una distribución más simétrica de los activos productivos en el mercado como consecuencia de estructuras de producción más similares entre los competidores. A esto se suma una posible mayor transparencia y visibilidad de variables sensibles desde el punto de vista de competencia.

Estos riesgos anticompetitivos que podrían generarse de las estrategias de crecimiento inorgánico horizontales como los acuerdos de colaboración, fusiones o adquisiciones, son conocidos como efectos pro colusorios o efectos coordinados. Los potenciales daños a la competencia derivados de este tipo de acuerdos nacen del concepto de dominancia conjunta, en el cual los actores tienen incentivos a actuar como una sola firma dominante y, de este modo, ejercen un mayor poder de mercado que les permite alterar las condiciones de mercado a su favor y maximizar beneficios (Motta, 2004, pp. 233-238).

Los acuerdos de colaboración generan un riesgo adicional de coordinación entre las partes que lo celebran: la pérdida de independencia. Por un lado, los participantes ya no operan como agentes independientes en las materias regidas por el convenio colaborativo, lo que reduce, por lo menos a corto plazo, la variedad de opciones a la que pueden acceder los consumidores. De otro lado, la implementación del proyecto puede generar una plataforma de coordinación sobre aspectos ajenos al acuerdo. Esta coordinación puede ser directa o derivarse de la información que necesariamente debe intercambiarse para la ejecución del acuerdo. Finalmente, puede presentarse un riesgo si no se delimita correctamente el objeto y alcance del acuerdo, pues se puede terminar celebrando un acuerdo desnudo bajo la apariencia de un acuerdo de colaboración.

Un ejemplo que grafica muy bien estos riesgos son los acuerdos para compras conjuntas celebrados por los supermercados Système U/Auchan, ITM/Casino y Carrefour/Cora en septiembre, noviem-

bre y diciembre del año 2014 en Francia, respectivamente. Al analizar sus posibles efectos en la competencia, la autoridad de competencia francesa (Autorité de la Concurrence) identificó riesgos de coordinación a través de la información transmitida en el seno de los acuerdos que podrían afectar la independencia de los participantes. Al respecto, la autoridad de competencia indicó que las negociaciones anuales entre minoristas y proveedores se centran en el precio de compra de los productos, los descuentos y las tasas de cooperación comercial, pudiendo ser más específicas y detalladas en aspectos como el surtido de productos expuestos, el lanzamiento de nuevos productos o las actividades de promoción. Asimismo, la autoridad francesa señaló que la información intercambiada también facilitaba la coordinación sobre las condiciones que los supermercados ofrecen a los proveedores, así como la remuneración asociada a ellas (Autorité de la Concurrence, 2015).

De otro lado, la Autorité de la Concurrence identificó riesgos derivados del objeto del acuerdo (compra conjunta) en la medida que generaba simetría en la estructura de costos lo que, a su vez, facilitaba una coordinación entre los supermercados. La autoridad de competencia francesa señaló que los acuerdos podían generar homogeneidad de los precios de compra de los principales bienes de consumo, así como costos de logística, los que representan una parte importante de las compras de los minoristas. Agregó que este tipo de acuerdos podía reducir la movilidad entre las marcas, desincentivando la competencia por la afiliación de nuevas tiendas, riesgo que podría verse reforzado por el hecho de que, en el periodo previo a los acuerdos, el mercado de distribución minorista a través de supermercados había enfrentado una guerra de precios que redujo sus márgenes de ganancias.

A fin de mitigar los riesgos identificados, la Autorité de la Concurrence recomendó, entre otros aspectos, la reducción de barreras de entrada al mercado de distribución al por menor, a través de la flexibilización de la regulación para el establecimiento de las tiendas y la reducción de la duración de los contratos de afiliación, y la implementación de una notificación previa de este tipo de acuerdos, la que se aprobó mediante Ley 2015-990.

Bajo el régimen de notificación previa, en el año 2018, la Autorité de la Concurrence analizó tres nuevos acuerdos de compra conjunta, celebrados

entre (i) Auchan, Casino, Métro y Schiever; (ii) Carrefour y Système U; y, (iii) Carrefour y Tesco; los cuales resultaban más amplios que aquellos evaluados en el 2015 alcanzando mercados y productos internacionales. En este nuevo procedimiento, la autoridad de competencia cuestionó la compra conjunta de productos de “marca blanca” (maquila), señalando que al permitir que los distribuidores comercialicen productos de marcas propias con características idénticas se limita la variedad de surtido que se ofrece a los clientes, lo que afecta la competencia en el mercado de distribución. En diciembre 2020, la Autorité de la Concurrence aprobó estos acuerdos y los compromisos propuestos por algunos de los actores, tales como la exclusión y limitación de ciertos productos del acuerdo (Autorité de la Concurrence, 2020).

Un caso similar desarrollado en España, pero que tuvo un resultado diferente, es el de la investigación seguida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) contra las cadenas de distribución Dia y Eroski por la suscripción de un acuerdo de compra conjunta. Si bien la autoridad de competencia española analizó una serie de factores a fin de identificar si la operación confirió un importante poder de mercado a las partes¹⁴, vale notar que la autoridad también evaluó el riesgo de coordinación a través del intercambio de información, descartándolo en la medida que las partes canalizaron el intercambio de información a través de un consultor externo y accedieron a data agregada (Resolución S/DC/0570/15 DIA/EROSKI, 2016).

En otros casos la autoridad de competencia ha considerado que el acuerdo de colaboración en realidad encubre un acuerdo desnudo. Así, por ejemplo, en el caso seguido por la Competition and Markets Authority, autoridad de competencia inglesa (en adelante, CMA), contra las empresas de servicio de lavandería Micronclean Limited y Berendsen Cleanroom Services Limited, la CMA señaló que los investigados celebraron un *joint venture* para repartirse el mercado mientras cada uno proporcionaba servicios bajo la marca “Micronclean” en el periodo comprendido entre mayo de 2012 y febrero de 2016 (Competition and Markets Authority, 2018).

La autoridad de competencia explicó que las Partes del *joint venture* acordaron explícitamente asignar territorios y clientes entre ellos mismos, con

¹⁴ Al respecto, la CNMC sostuvo que, aunque las partes ostentaban más del 15% de participación en el mercado, dicha cuota no generaba, por sí misma, una restricción a la competencia dado que no se trataba de un mercado concentrado. De este modo, descartó que las cláusulas de Nación Más Favorecida (NMF) generasen un riesgo en la competencia y además señaló que no se había acreditado la reducción de innovación y variedad de productos en el mercado de distribución. En tal sentido desestimó la denuncia interpuesta por la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas – FIAB y la Asociación Española de Productos de Marca – Promarca.

excepción del sector de alimentos, en los siguientes términos: (i) Fenlandia (Micronclean Limited) serviría clientes al norte de una línea que va de Londres a Anglesey; (ii) Berendsen Newbury atendería a los clientes al sur de esa línea; y, (iii) ciertos clientes existentes de una parte seguirían, en principio, siéndolo aun cuando se encuentren en el territorio de la otra parte. Agregó que, en el último periodo del acuerdo, cada una de las partes podría responder a las solicitudes de venta “pasivas” no solicitadas de clientes situados en el territorio de la otra parte; no obstante, ello no aplicaría para la “comercialización activa”, ofrecimiento por parte de las empresas.

De este modo, la CMA señaló que, aunque el *joint venture* pudo haber tenido un mayor alcance, lo cierto es que parte de su objeto constituía una práctica prohibida por las normas de competencia inglesas. Precisó además que este acuerdo de repartición de mercados no era objetivamente necesario para la operación del acuerdo de colaboración. En tal sentido, en diciembre de 2017 impuso una multa a ambas empresas.

En la misma línea, en el caso seguido en el Perú por Indecopi contra diversas Líneas Navieras (2018), esta descartó que los acuerdos horizontales investigados (reparto de cuentas e incremento de tarifas) constituyan acuerdos accesorios a la prestación conjunta del servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia indicó que dichas conductas se desarrollaron de manera independiente a los servicios de transporte, teniendo como origen la adhesión a un esquema de coordinación con el único fin de restringir la competencia. Este pronunciamiento fue confirmado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Finalmente, las autoridades de competencia también evalúan la probabilidad de que las fusiones o adquisiciones generen un escenario que sea propenso a acuerdos colusorios. Un caso ilustrativo de este tipo de situaciones se puede observar en la decisión de la Comisión Europea ante la solicitud de adquisición de Perrier por parte de Nestlé. En este caso, todos los factores de la transacción indicaban que, tras la fusión, las empresas iban a tener altos incentivos para coludir en el mercado en tanto se tenía (i) una industria altamente concentrada; (ii) simetría entre competidores; (iii) transacciones frecuentes; (iv) poco rezago en la divulgación de información; (v) alta transparencia en el mercado; y, (vi) altas barreras a la entrada. Como resultado, la Comisión concluyó que la fusión traería como resultado una posición dominante conjunta entre Nestlé y el otro competidor consolidado del mercado: BSN. De esta forma, la

transacción fue condicionada a que Nestlé desinvertiera ciertos activos productivos para generar un ambiente más competitivo en el mercado (Fabra & Motta, 2013, pp. 59-61).

Por su parte, en Latinoamérica, la fusión entre LAN y TAM también trajo consigo consideraciones importantes acerca del riesgo de coordinación con otras aerolíneas. En su fallo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (en adelante, TDLC) concluyó que a pesar de los aspectos positivos de dicha coordinación para mejorar la eficiencia del transporte aéreo en general (por ejemplo, en términos de horarios y frecuencias de vuelos y conexiones), las condiciones estructurales del mercado tenían como efecto que, en balance, el riesgo de coordinación anticompetitiva con otras empresas aéreas del mercado era “real y concreto” (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011). Para mitigar dichos riesgos, el TDLC impuso medidas concretas, como la renuncia de LATAM a pertenecer a dos alianzas globales simultáneamente.

Si bien las fusiones en mercados concentrados pueden generar incentivos para que los competidores actúen como una sola firma, los casos comentados reflejan que este riesgo es más tangible en el desarrollo de acuerdos de colaboración. En estos casos, las partes del acuerdo (que son agentes independientes) tienen acceso a información comercial sensible de sus socios y competidores, tales como el volumen detallado de compras, lo que podría facilitar la coordinación de estrategias competitivas. A ello debe sumarse la homogeneidad en el producto (por ejemplo, en el caso de acuerdos para producir o compras conjuntas para mercados de distribución minorista) que puede reducir el espacio de diferenciación en el mercado que operan.

Sin embargo, estos potenciales riesgos no son suficientes por sí mismos para rechazar o sancionar una fusión o acuerdo de cooperación de este tipo, pues, como se señaló, las eficiencias generadas por el actuar conjunto pueden mejorar considerablemente el bienestar de los consumidores. En efecto, por un lado, la reducción de costos (eficiencia productiva) puede ser trasladada a los consumidores en menores precios y una mayor variedad de productos. Por otro, la homogeneidad de productos — en el caso de compra de insumos, por ejemplo— no limita la posibilidad de que las partes del acuerdo puedan generar diferencias en los precios a través del ofrecimiento de descuentos o promociones con otro tipo de productos ajenos al acuerdo de colaboración. Asimismo, esta homogeneidad puede incentivar la competencia en otros aspectos, como en el servicio de atención al consumidor o delivery en el caso de compras conjuntas en mer-

cados de distribución minorista, los que podrían no haber sido atendidos en otras circunstancias y que crean valor en la oferta.

En todo caso, de subsistir dudas sobre la materialización de estos riesgos, resulta útil aplicar medidas complementarias para garantizar la independencia de las partes como, por ejemplo, sucedió en el caso Dia y Eroski. Asimismo, es recomendable adoptar acciones para promover la eliminación de las barreras de acceso al mercado como lo hizo la Autorité de la Concurrence a través de su recomendación de flexibilización de regulación que, finalmente, fue recogida en la Ley 2015-990.

B. Efectos unilaterales

Las estrategias de crecimiento inorgánico horizontal también tienen el potencial de generar riesgos similares a los daños generados por las prácticas de abuso de posición de dominio. Por un lado, una fusión podría otorgar un mayor poder de mercado a las partes, elevando la probabilidad de que estas incurran en conductas anticompetitivas. Por su parte, el mismo tipo de riesgo es aplicable a los acuerdos de colaboración —al margen de si se viabiliza a través de la creación de un ente independiente (*joint venture*, por ejemplo)—, ya que en los aspectos objeto del acuerdo las partes actúan conjuntamente como una unidad.

Este tipo de riesgos podría darse, por ejemplo, en un acuerdo I+D en el que las partes establecen restricciones injustificadas para la comercialización del producto a desarrollarse, sin perjuicio de los derechos de patentes que correspondan. Así, por ejemplo, en un I+D para el desarrollo de una vacuna contra el COVID-19, los laboratorios podrían establecer que la compra de dicha vacuna se encuentra condicionada a la adquisición de otros medicamentos que tienen por efecto disminuir los síntomas de la enfermedad (dificultad para respirar, fiebre, entre otros), respecto de los cuales existe competencia intensa en el mercado.

De otro lado, este riesgo también podría presentarse, por ejemplo, en los acuerdos de compra conjunta en los que el poder de negociación adquirido permite restringir la competencia en el mercado del acuerdo y otros relacionados. El caso de los acuerdos para compras conjuntas celebrados por los supermercados Système U/Auchan, ITM/Casino y Carrefour/Cora en Francia grafica estos riesgos. Al respecto, la Autorité de la Concurrence identificó que, por un lado, estos acuerdos aumentaron considerablemente el nivel de concentración, dando un importante poder adquisitivo a los operadores interesados que ya tenían un peso importante en el mercado de distribución

de productos al por menor; y, por otro, el poder de negociación de los supermercados presionaba los márgenes de los proveedores lo que, a su vez, generaba riesgos como la limitación de la oferta, reducción de la calidad o reducción en el incentivo para que algunos proveedores innoven o inviertan. En el caso español Dia y Eroski, anteriormente comentado, no se llegó a conclusiones similares precisamente porque no se trataba de un mercado concentrado y además las cuotas de las empresas involucradas no eran significativas (Resolución S/DC/0570/15 DIA/EROSKI, 2016).

Por otro lado, el caso Pratt & Whitney y General Electric Aircraft Engines es otro ejemplo del análisis de riesgos que realizan las autoridades de competencia en operaciones ejecutadas en mercados concentrados. En este caso, la autoridad analizó las potenciales restricciones a la competencia derivadas de un acuerdo de producción (*joint venture* para desarrollar y vender un nuevo motor para la próxima aeronave grande de Airbus “A3XX”) entre dos de los tres participantes de dicho mercado. Al respecto, la autoridad de competencia aprobó la operación estableciendo condiciones dirigidas a limitar los alcances de la cooperación, dada la concentración del mercado.

Así, la autoridad de competencia señaló que, si bien el proyecto conllevaba un ahorro de costos, las partes contaban con capacidad tecnológica y económica para desarrollar varios aspectos de manera independiente, por lo que el proyecto debía restringirse solo a los aspectos específicos en los que el desarrollo conjunto generaba una ventaja tecnológica para alcanzar objetivos de rendimiento estrictos. De otro lado, para la aprobación tomó en consideración el hecho de que el tercer competidor podía hacer frente al producto (con su motor “Trent”), por lo que podía subsistir la dinámica competitiva en el mercado de fabricación de motores (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2000, pp. 135-136).

No obstante, en aquellos casos en los que no ha sido posible reducir el espectro del acuerdo —es decir, donde la restricción a la competencia era necesaria y la vía menos gravosa para alcanzar fines superiores—, las autoridades de competencia han visto por conveniente la imposición de remedios que permitan neutralizar los eventuales riesgos del abuso de una posición de dominio. Así, por ejemplo, en el caso Solvay e INEOS, la Comisión Europea autorizó el *joint venture* propuesto sujeto a la enajenación de algunas de las plantas de cloruro de polivinilo en suspensión (“S-PVC”) y activos conexos de las empresas. Al respecto, la autoridad de competencia explicó que las cuotas de participación de las solicitantes en Europa noroccidental (con el

“S-PVC”) y Benelux (con el hipoclorito de sodio) generaban riesgos de incremento de precios en tales mercados. No obstante, no impuso condiciones relacionadas a los mercados en los que no contaban con una posición similar (cloro, soda cáustica, entre otros) (Comisión Europea, 2015).

Asimismo, el mercado de transporte aéreo de pasajeros ofrece ejemplos interesantes de compromisos y remedios impuestos para evitar la exclusión de competidores. Así, como reseña la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OECD), en la aprobación del *joint venture* entre KLM y Alitalia para operar las rutas Ámsterdam-Milán o Ámsterdam-Roma, la autoridad de competencia dispuso, entre otros, los siguientes compromisos: (i) colocar *slots* a disposición de los competidores existentes y de los nuevos participantes; (ii) reducir las frecuencias de las partes en las rutas cuando una aerolínea del nuevo participante inicie sus operaciones; (iii) arribar acuerdos de interlínea con el nuevo participante y permitirle acceder al Programa de Viajero Frecuente de las partes; y, (iv) abstenerse de vincular a las agencias de viajes y clientes corporativos de Italia y los Países Bajos, respectivamente, con programas de fidelización u otros planes de reembolso similares (2000, p. 136).

En la misma línea, varios años después, la Comisión Europea aceptó los compromisos ofrecidos por la alianza SkyTeam conformada por Air France/KLM, Alitalia y Delta respecto de tres rutas trasatlánticas (Ámsterdam-Nueva York y Roma-Nueva York, y para los pasajeros de primera clase de la ruta París-Nueva York). Así, para garantizar la entrada de competidores se dispuso, entre otros aspectos, lo siguiente: (i) se ponga a disposición *slots* de aterrizaje y despegue en los aeropuertos de Ámsterdam, Roma o Nueva York en las rutas Ámsterdam-Nueva York y Roma-Nueva York; (ii) se celebren acuerdos que permitan a los competidores el acceso al tráfico de conexión y combinaciones de tarifas en las tres rutas; (iii) se permita a los pasajeros de los competidores la acumulación de puntos de fidelidad con las partes; y, (iv) se entregue información a fin de evaluar impactos a largo plazo (Comisión Europea, 2015).

Sin embargo, recientes pronunciamientos en la región no han seguido la misma tendencia de

la Comisión Europea. Así, por ejemplo, la Corte Suprema Chilena rechazó el *Joint Business Agreement* (JBA) celebrado por LATAM y American Airlines para los vuelos entre América del Sur y Estados Unidos de América y Canadá, y LATAM e IAG (Iberia Líneas Aéreas de España y British Airways) para los vuelos entre América del Sur y Europa. Al respecto, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) presentó un recurso de reclamación en el que puso sobre relieve, entre otros aspectos, los riesgos de alza de precios y exclusión de competidores del mercado vía la eliminación de la competencia en las rutas Santiago-Madrid y Santiago-Miami (respecto de las cuales los solicitantes eran los únicos competidores que operaban tales tramos mediante vuelos sin escala) y la reducción de competencia en otras rutas con alta concentración. Como consecuencia de esta causa no contenciosa, se revocó la autorización con condiciones previamente otorgada por el TDLC (Fiscalía Nacional Económica, 2018).

Ahora bien, al evaluar los potenciales efectos unilaterales, merece una mención especial las operaciones de adquisición catalogadas como *killer acquisitions*. Las *killer acquisitions* son muchas veces perseguidas por empresas líderes en sectores intensivos en innovación, tales como el sector tecnológico o farmacéutico, que tienen incentivos para adquirir pequeños emprendimientos tecnológicos conocidos como *startups*¹⁵. Si bien en estos casos la posición de dominio podría constituir una condición preexistente a la operación, más que una consecuencia de ella, lo cierto es que la transacción tiene la capacidad de reforzar esta situación de mercado. En efecto, en estos casos la compra realizada por la empresa incumbente tiene por objetivo eliminar la competencia potencial antes de que esta siquiera aparezca; así, la operación puede permitir acentuar el riesgo de abuso de posición de dominio.

La adquisición de Double Click, una nueva empresa que se desarrollaba como intermediaria en el mercado de publicidad online por parte de Google (la plataforma líder en el mercado de publicidad online en motores de búsqueda) ejemplifica este escenario. En el 2007, la Federal Trade Commission (en adelante, FTC) aprobó la compra de Double Click por parte de Google, una transacción que, a simple vista, no presentaba ninguna amenaza poten-

¹⁵ Un ejemplo de esto se puede observar en la adquisición de los derechos de desarrollo de Synachten por parte de Questcor en el 2013. Questcor tenía el monopolio de los fármacos con hormonas adrenocorticotrópicas con los que producía el medicamento Achtar, enfocado en tratar espasmos infantiles. No obstante, un tratamiento sintético para los mismos problemas se empezó a desarrollar bajo el nombre de Synachten. Debido a la amenaza que esto presentaba para el monopolio de Questcor, esta firma decidió comprar los derechos de desarrollo de Synachten y discontinuar la investigación. En otras palabras, Questcor adquirió y eliminó la competencia antes de que esta siquiera existiera (Cunningham, Ederer & Ma, 2020).

cial para el entorno competitivo en el cual ambas se desarrollaban, en parte debido a la complejidad que implicaba predecir los cambios en el futuro del mercado tecnológico. No obstante, un análisis retrospectivo ha generado debate en las autoridades de competencia de diferentes jurisdicciones sobre la verdadera finalidad de la adquisición y sobre si esta debió haber sido aprobada o no. En los últimos años, se ha planteado que esta transacción no solo tuvo como resultado la expansión de Google en el mercado en el que Double Click competía; sino que, paralelamente, resultó también en la eliminación de potenciales competidores en el mercado que Google lidera y lideraba en ese momento (Grime & Poddar, 2020, p. 3).

Así pues, la evaluación de las *killer acquisitions* es particularmente compleja. Por un lado, las autoridades de competencia deben tener especial cuidado en relación con el horizonte de tiempo sobre el que evalúa el impacto potencial de la transacción: la presión competitiva que se genera en el escenario contrafactual, sin fusión, podría no darse hasta varios años después del inicio de la evaluación. De otro lado, existe mucha incertidumbre sobre el desarrollo del producto, si llegará a ser popular, o alcanzará efectos de red o economías de escala, por ejemplo, teniendo en cuenta la resiliencia del producto adquirido a la estrategia del adquirente para eliminarlo del mercado (OECD, 2020, pp. 16-23). Todo esto pone mayor presión en las autoridades de competencia por definir la magnitud de la intensidad competitiva que servirá de base para el escenario contrafactual, y se dificulta aún más si se considera que la información sobre la cual se construye el análisis podría basarse en planes de expansión extremadamente optimistas o pesimistas.

Ahora bien, la sola existencia de un riesgo potencial de consolidación de poder de mercado y un eventual abuso de posición de dominio no debería justificar el bloqueo de operaciones de concentración horizontal, en tanto las autoridades de competencia cuentan con diversas herramientas para neutralizar tales efectos. Así, en el caso de las operaciones sometidas a aprobación previa por la autoridad, siempre es posible imponer remedios que garanticen la posibilidad de ingreso de competidores al mercado, como sucedió, por ejemplo, en los casos de alianzas entre aerolíneas. Lógicamente, estas medidas deben ajustarse a lo estrictamente necesario y deben ser susceptibles de ser eliminadas o modificadas ante un cambio de circunstancias. De otro lado, la aprobación de la operación no impide el ejercicio de facultades de fiscalización *ex post* a través de las cuales pueda sancionarse eventuales abusos de posición de dominio.

Lo expuesto hasta aquí permite concluir que las operaciones de concentración horizontal, ya sean acuerdos de colaboración, fusiones o adquisiciones, traen consigo potenciales riesgos de coordinación y de incremento del poder de mercado (que podría generar eventualmente un abuso de posición de dominio), sobre todo si el mercado en cuestión tiene altos índices de concentración y barreras de entrada. Por tanto, la viabilidad de la operación (que sea aprobada o que no se impongan sanciones vía fiscalización *ex post*) dependerá de la capacidad de las partes para diseñarla de modo tal que se reduzcan los espacios de riesgos y se maximicen las eficiencias generadas por la transacción.

Para mitigar estos riesgos, por ejemplo, en el caso de los acuerdos de colaboración, resulta indispensable reducir el objeto del acuerdo a lo estrictamente necesario dejando fuera aquellos aspectos que podrían ser alcanzados fácilmente (sin incurrir en costos adicionales materiales) por las partes de manera independiente. En los aspectos que se mantengan como parte del proyecto conjunto, será importante aplicar medidas que permitan garantizar la independencia, tales como protocolos de intercambio de información, creación de *clean teams*, entre otros. Por su parte, en el caso de las fusiones o adquisiciones, resulta primordial analizar otras opciones de crecimiento a fin de poder identificar si la transacción es el mecanismo menos gravoso (para el mercado) que permite alcanzar los objetivos perseguidos.

En ese sentido, de ser necesaria la operación, se deberá evaluar la pertinencia de diseñar compromisos dirigidos a contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. El grado de intromisión de estos ofrecimientos (remedios conductuales o estructurales) dependerá de la naturaleza de la operación, así como de la estructura del mercado involucrado, por ejemplo, si existen barreras para la entrada como un número limitado de licencias.

De otro lado, al analizar las eficiencias de la transacción, resultará importante ir más allá del mero ahorro de costos (eficiencia productiva) buscando materializar tales ganancias en beneficio de los consumidores, por ejemplo, a través de la reducción concreta de precios, mejoras en calidad o ampliación de la cobertura de los productos o servicios. Al respecto, deberá tomarse en cuenta que, para el caso de las operaciones sometidas a control previo, la LCC hace hincapié en que las eficiencias deban estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia y ser susceptibles de ser transferidas a los consumidores (Ley 31112, 2021, art. 7.5).

IV. “ACUERDOS DE COLABORACIÓN” Y “FUSIONES Y ADQUISICIONES” EN TIEMPOS DE CRISIS

En el contexto de la crisis producida por el COVID-19, la disrupción en los mercados ha sido tal que se han afectado las cadenas de suministro, la dinámica operativa de los negocios, el balance de recursos (mano de obra versus capital), y la atención al consumidor final, entre muchos otros efectos que pueden haber estimulado una mayor necesidad de colaboración entre empresas parte de un mismo mercado.

En el mismo sentido, se anticipa que los efectos de la crisis sean tan severos que coloquen a muchas empresas en una situación de insolvencia y que las haga recurrir a operaciones de fusión o adquisición como medida de reestructuración. En las siguientes secciones se abordan las posturas y decisiones que vienen tomando las autoridades de competencia a nivel mundial para los acuerdos de colaboración y fusiones y adquisiciones en un contexto de crisis como el que se vive producto del COVID-19.

A. Acuerdos de colaboración en tiempos de crisis

Las reglas de competencia se mantienen vigentes y son igual de necesarias en tiempos de salud y en tiempos de pandemia. Una crisis económica no legitima a los competidores a constituir los **cárteles de crisis**. Sin embargo, ello no impide que en este contexto surjan necesidades de colaboración entre competidores que no afecten la competencia, ni que las autoridades analicen las eficiencias de estos acuerdos en un sentido más amplio, priorizando la atención de la demanda (en menores plazos y costos) en sectores sensibles por encima de un potencial riesgo de coordinación anticompetitiva.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea –en conjunto con las autoridades de competencia de los países que la conforman– ha señalado que no intervendrá activamente contra las medidas temporales y necesarias establecidas para evitar la escasez de la oferta en el marco del COVID-19. Agregó que este tipo de acuerdos difícilmente generarán una restricción a la competencia, pero que, de ser el caso, las eficiencias muy probablemente superarían el daño (European Competition Network, 2020, p. 1).

Por su parte, la CMA emitió lineamientos en los que reconoce la necesidad de acuerdos de colaboración para enfrentar el desabastecimiento de productos. Indicó que no iniciará acciones siempre que tales acuerdos cumplan con diversos requisi-

tos: (i) sean apropiados y necesarios para evitar la escasez o garantizar la seguridad del suministro; (ii) sean de interés público; (iii) contribuyan al beneficio o bienestar de los consumidores; (iv) se ocupen de cuestiones críticas que surgen como resultado de la pandemia de COVID-19; y, (v) no duren más de lo necesario para hacer frente a esas cuestiones críticas (Competition and Markets Authority, 2020, p. 6).

En paralelo, a nivel regulatorio, el Secretario de Estado del Reino Unido emitió el Decreto 2020 número 369, por el que exceptuó de las normas de competencia ciertos acuerdos entre las cadenas de supermercados y proveedores de servicios logísticos que buscan enfrentar los efectos del COVID-19 en el suministro de alimentos. De tal forma, de acuerdo con los artículos 3 y 4 de dicho Decreto, algunas de las actividades permitidas son la coordinación para (i) limitar las compras de determinados productos por parte de los consumidores; (ii) determinar la variedad de productos disponibles; (iii) el cierre temporal o los horarios de apertura de las tiendas; (iv) mantener el suministro a los consumidores que viven en zonas vulnerables; y, (v) prestar asistencia a los consumidores y trabajadores vulnerables durante el período de crisis (Decreto 369, 2020).

Asimismo, la citada norma permite la compartición de mano de obra o instalaciones, así como el intercambio de información sobre (i) la situación diaria de las existencias; (ii) la escasez de productos alimenticios; y, (iii) la capacidad de los vehículos de reparto, su tamaño, tipo o destino durante el período de interrupción del suministro de alimentos. Reglas similares se han establecido para otros mercados tales como el de productos lácteos y servicios de salud. En todos estos casos, las empresas deben remitir una notificación al Secretario de Estado para calificar dentro de estas exclusiones (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, UK Government, 2020).

De otro lado, la autoridad de competencia australiana ha otorgado una autorización condicional temporal a Medicines Australia, Generic and Biosimilar Medicines Association y a sus miembros para trabajar conjuntamente en el suministro de medicamentos durante la pandemia de COVID-19. El comunicado indica que este acuerdo puede involucrar (i) la coordinación y priorización de pedidos de medicamentos; (ii) la colaboración en licitaciones; y, (iii) el intercambio de información sobre las existencias de medicamentos y los canales de suministro y las oportunidades de incrementar la fabricación de medicamentos en Australia (Australian Competition and Consumer Commission, 2020).

En la misma línea, la autoridad italiana ha manifestado que coordinaciones en relación con la producción, gestión de las existencias y distribución de los medicamentos podrían ser contrarias a las normas de competencia en condiciones regulares; sin embargo, durante la crisis del COVID-19, este tipo de medidas podrían evitar que la producción de ciertas medicinas se mantenga por debajo del nivel óptimo (OECD, 2020).

En el plano latinoamericano, la autoridad de competencia brasilera ha emitido lineamientos para la colaboración entre competidores para enfrentar la crisis del COVID-19. En la nota informativa, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (en adelante, CADE) precisa que el objeto y duración de este tipo de acuerdos deben ser específicos y estar directamente relacionados con la pandemia o sus efectos (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020). Asimismo, la autoridad prevé la posibilidad de emitirse aprobaciones provisionales sujetas a revisión posterior por su parte.

Por su lado, la FNE en Chile ha emitido un comunicado en el que recuerda que la licitud de los acuerdos de colaboración se evalúa, entre otros factores, en función a las eficiencias que generan, agregando que en el contexto de pandemia este tipo de colaboración podría permitir el abastecimiento de productos o la prestación de servicios a nivel nacional (Fiscalía Nacional Económica, 2020). En igual línea se ha pronunciado la autoridad de competencia peruana (Indecopi, 2020).

Todas estas declaraciones reflejan una visión más comprehensiva y protagónica para las eficiencias que pueden generarse de los acuerdos colaborativos. Dado el contexto de crisis, las autoridades de competencia no solo toman en consideración las sinergias generadas para las empresas, sino también factores exógenos, tales como el mejor funcionamiento de los mercados.

B. Fusiones en tiempos de crisis

Existen contextos, como los de la crisis económica actual, que pueden afectar la sostenibilidad operativa de las empresas, al punto que podrían tener que recurrir a procesos de fusión como opción de reestructuración. Así, es probable que la autoridad apruebe operaciones de fusión o adquisición que, en circunstancias habituales, podrían generar riesgos para la competencia, pero cabe cuestionarse

lo siguiente: ¿por qué se aprobaría una operación que resulte en un mercado menos competitivo?

La experiencia internacional señala que esta decisión de la autoridad responde en gran parte a lo que sucedería si la fusión no ocurre: en el escenario contrafactual, en el que no se produce la operación, la salida del mercado de la firma y sus activos generan un daño más grave a la competencia que el que se origina de la operación en sí misma. Este análisis va de la mano con lo que se conoce como la defensa de la empresa fallida, o, en inglés, *failing firm defense* (en adelante, FFD). Esta materia no solo es muy discutida cada vez que enfrentamos una crisis económica (como la producida en el año 2008, por ejemplo); sino que, en el Perú, fue abordada precisamente en el contexto del COVID-19, con la inclusión de “la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas” como factor de evaluación de la operación (Decreto Legislativo 1510, art. 7). Si bien este factor no fue incorporado expresamente en la Ley 31112, su análisis aún podría tomar lugar en el marco de otros elementos previstos en la norma¹⁶, por lo que resulta pertinente abordar los alcances de esta figura, sobre todo, mientras la crisis se prolongue.

En la práctica, la defensa de la firma fallida es claramente una defensa de excepción, que requiere de una muy alta carga probatoria. Tal es la carga que, desde 1989 a la fecha, de las 9,800 fusiones que han sido aprobadas por la Comisión Europea solo cuatro han considerado esta defensa (Ward, Valdés Schliephake & Rivas Santiago, 2020)¹⁷.

En Latinoamérica, la FFD no suele ser contemplada explícitamente en la normativa (salvo en el caso de Argentina), aunque existen casos en cuales esta defensa jugó un papel importante en la decisión de la autoridad de competencia, como se detalla en esta sección (Bawlitza & Benejam, 2020).

En el entorno actual, hay mucho debate acerca de la necesidad de flexibilizar las exigencias probatorias para las FFD y sus variantes. Por un lado, existen quienes argumentan que una mayor flexibilidad minimizaría las consecuencias negativas de la salida de activos productivos del mercado. Por otro lado, existen quienes consideran que estos aparentes beneficios de corto plazo pueden eventualmente terminar perjudicando la economía en el mediano y largo plazo, ya que el cambio en la estructura del mercado que se genera a partir de la

¹⁶ Sobre el particular, el artículo 7 de la Ley 31112 contempla, entre otros factores de evaluación, a la estructura del mercado involucrado, y el poder económico y financiero de las empresas involucradas (2021).

¹⁷ Los cuatro casos que han sido aceptados a la fecha son: Caso IV/M.308 – Kali + Salz/MDK/Treuhand, Caso COMP/M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery; Caso COMP/M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim; Caso COMP/M.6796 – Aegean/Olympic II.

fusión sería permanente, y que además flexibilizar estas medidas podría desvirtuar el espíritu excepcional del mecanismo.

Durante la crisis financiera del 2008, por ejemplo, la Comisión Europea sostuvo que relajar los requisitos para la argumentación de una empresa fallida no era prudente, ya que se podría generar una alta probabilidad de errores tipo II o falsos negativos (OECD, 2009). La FTC, por su parte, ha resaltado que la presente crisis no debería de afectar las decisiones de libre competencia que se estén tomando debido a los posibles efectos negativos que estas posiciones podrían tener sobre el desarrollo del mercado y su posible recuperación futura.

En contraposición, la CMA del Reino Unido pareciera haber tomado una postura que aboga por cierta flexibilidad. Así, en abril de 2020, la autoridad aprobó provisionalmente la adquisición de Deliveroo por parte de Amazon. El caso ha suscitado amplio debate por la supuesta flexibilización en el uso de los criterios que esta aprobación implicaría, puesto que la operación fue aceptada bajo el sustento de quiebra inminente por parte del vendedor, Deliveroo, como consecuencia del cierre de restaurantes por la crisis del COVID-19. A julio 2020, la CMA fue la primera y única autoridad de competencia en el contexto de la crisis actual en aceptar una defensa del tipo FFD.

En efecto, las crisis económicas, como la actual, pueden convertirse en catalizadores de decisiones para las autoridades de libre competencia. Por ello, existen casos en los que, si bien la crisis no era el factor determinante para aceptar una defensa del tipo FFD, ésta agravó la situación financiera de una empresa a tal punto que facilitó que la autoridad competente tome una decisión más contundente en favor del uso de este mecanismo.

Este es el caso de la compra de CGL por parte de COPEC en Chile. Previo al inicio de la crisis sanitaria actual, las partes ya habían acreditado el cumplimiento de los tres criterios necesarios: (i) CGL mostraba resultados negativos desde el 2018 que la hacían financieramente insolvente; (ii) la firma había buscado otros compradores sin encontrar alguno que pueda conducir al mercado a una mejor situación de competencia que la propuesta; y, (iii) se había argumentado que si la fusión no se concretaba, los consumidores cercanos al puesto de actividades de esta empresa sufrirían un desabastecimiento eventual de gasolina. Así, la FNE

admitió la defensa de la firma fallida en dicho caso, pero señaló que, si bien la crisis social chilena del 2019 y la crisis sanitaria fueron factores agravantes, la decisión se centró principalmente en el análisis de las finanzas de la empresa (Adquisición de GGL Limitada por parte de COPEC S.A., 2020).

Así, la FFD es una defensa que requiere de una muy alta carga probatoria, lo que hace que sus probabilidades de ser acogida sean bajas. Para estos efectos, se deben cumplir tres exigentes requisitos: (i) la empresa debe enfrentar restricciones materiales para cumplir con obligaciones financieras de corto y largo plazo; (ii) no deben existir otras opciones para preservar los activos en el mercado que perjudiquen en menor medida la competencia; y, (iii) la salida de la empresa del mercado debe conllevar la respectiva salida de sus activos tangibles e intangibles de la industria. A continuación, se analizan los retos que impone la acreditación de cada requisito para la aprobación de una FFD por parte de la autoridad de competencia.

1. ¿La empresa enfrenta restricciones materiales para cumplir con sus obligaciones financieras de corto y largo plazo?

Para la aprobación de una operación bajo la defensa FFD, se evalúa en primer lugar la capacidad financiera que una empresa tiene para seguir operando en un futuro próximo. Para consolidarse este requisito la quiebra inminente de la empresa debe de ser un hecho y no solo una posibilidad. Además, las partes deben probar que todas las vías alternativas de financiamiento han sido agotadas y deben acreditar los intentos para acceder a dichos mecanismos¹⁸.

Existen casos, como el de la adquisición de Freedom Innovations (en adelante, Freedom) por parte de Otto Bock HealthCare NorthAmerica (en adelante, Otto Bock), en los que el cumplimiento del criterio de restricción financiera parecía evidente. Sin embargo, el análisis de la autoridad de competencia concluyó en una disolución de la operación (Federal Trade Commission, 2019). Freedom (productor y comercializador de rodillas prostéticas) venía atravesando pérdidas operativas sostenidas en el tiempo. Asimismo, sus esfuerzos para remediar estas dificultades —incluyendo un cambio gerencial, el refinanciamiento de sus obligaciones en el corto plazo, y el levantamiento de capital de parte de sus accionistas e incluso inversionistas alternativos— no lograron reestablecer una estabili-

¹⁸ En primer lugar, se analizan las ratios financieras de liquidez, solvencia y rentabilidad; luego, la empresa deberá de mostrar pruebas fehacientes de un intento de reestructuración financiera y; por último, se deberá de probar que hubo intentos de buena fe para la reorganización operativa de la empresa sin llegar a ningún acuerdo.

dad financiera, con lo cual los dueños de Freedom tomaron la decisión de vender la empresa a Otto Bock, su principal competidor.

Luego de concretarse la operación, la FTC inició una investigación debido a los potenciales efectos negativos que esta tendría sobre el mercado¹⁹. Como respuesta, Freedom y Otto Bock invocaron la defensa de empresa fallida. Si bien las complicaciones financieras de Freedom parecían obvias, la FTC declaró que una empresa no puede sustentar un FFD solo por no tener suficiente flujo de caja para cumplir con sus obligaciones de corto plazo. En la resolución final del caso, la FTC señaló que, para poder cumplir con los criterios establecidos, una empresa debe tener “los recursos financieros tan desabastecidos y el prospecto de rehabilitación tan remoto que se enfrenta con una grave probabilidad de fallar como negocio” (*International Shoe Co. c. FTC*, 1930). En ese sentido, la FTC no valoró los argumentos presentados por la empresa sobre la inviabilidad de reestructurar sus deudas y la eventual salida de sus activos del mercado, y en noviembre 2019 ordenó la venta de Freedom por parte de Otto Bock.

Este aspecto también se ve reflejado en el único caso brasilero en el cual la defensa FFD llevó a una aprobación por el CADE. En el 2007 (en el marco de la anterior ley) el CADE aprobó una fusión entre Mineração Areiense S/A y Votorantim Metais Zinco S.A. basado en evidencia que demostraba que, en caso la fusión no proceda, Mineração Areiense no lograría recuperarse de sus dificultades financieras (Canabrava, Spadano, Augustin & Perassa, 2020). Si bien a 13 años desde este caso la defensa FFD no ha jugado un rol central en la evaluaciones de fusiones por el CADE, una reciente declaración de dicha autoridad de competencia deja implícita su disposición a incorporar las dificultades de las empresas en su evaluación de casos en el contexto de la crisis COVID-19: “estamos atentos a las dificultades por las que atraviesan todos los sectores y que CADE será razonable y comprensible en el análisis de demandas concretas que lleguen aquí” (CADE, 2020).

Ello refleja que la defensa de empresa fallida requiere de un elaborado sustento financiero de un deterioro severo, estructural y de largo plazo, junto con documentos que acrediten que se ha recurrido a otras opciones de financiamiento. Si bien durante la crisis COVID-19 se espera que una alta cantidad de empresas sufran presiones

financieras, no será suficiente con demostrar un deterioro de algunos meses para acceder a esta línea de defensa.

2. ¿Existen otras opciones para preservar los activos en el mercado que perjudiquen en menor medida la competencia?

La empresa en quiebra deberá probar ante la autoridad de competencia que se ha intentado, de buena fe, pero ha sido imposible conseguir un comprador alternativo que compita en el mismo mercado y cuya compra genere un menor riesgo relativo para la competencia de dicho mercado. El objetivo de este segundo criterio es asegurar que la fusión específica es la única vía posible para que los activos de la empresa se mantengan en el mercado.

La aprobación de la adquisición en los Estados Unidos por parte de Scott & White Healthcare (en adelante, SWH) de King’s Daughters Hospital (en adelante, KDH) en el año 2009, por ejemplo, fue puesta en tela de juicio en tanto la FTC observó que la compra implicaba la eliminación de la única competencia de SWH, y que podría existir un comprador alternativo cuyo efecto sobre la competencia sería menos perjudicial (Fina & Mehta, 2011).

SWH y KDH eran los únicos competidores en el mercado de servicios de cuidados intensivos en Bell County, Texas. Debido a ello, la FTC inició una investigación para determinar si la fusión tendría efectos negativos sobre la competencia del mercado. Luego de iniciar la investigación, la FTC determinó que KDH se encontraba en una situación financiera muy grave y que, de no ser comprada, hubiera terminado saliendo del mercado, con lo cual cumplía con el primer criterio para argumentarse una defensa de empresa fallida.

Sin embargo, al analizar el segundo criterio, la FTC encontró que, durante las negociaciones de compra pasadas, había existido otro potencial comprador, Seton Family of Hospitals (en adelante, Seton) que también habría estado interesado en adquirir a KDH. Como se desprende del caso, solo debido a que no existían más competidores en esa zona geográfica, la adquisición de KDH por cualquier otro comprador hubiera sido mejor para la competencia. No obstante, Seton no había logrado terminar el análisis prospectivo de la empresa debido a la rapidez con la que se pactó el acuerdo de compra entre KDH y SWH. Debido a ello, la FTC requirió que SWH ofrezca el negocio de KDH a Seton para

¹⁹ Según los lineamientos del *HRS Act* o *Hart-Scott-Rodino Antitrust Act* (la ley que establece las condiciones que se deben de cumplir para que una fusión se encuentre sujeta a notificación previa y obligatoria), la fusión no estaba sujeta a los requerimientos de notificación previa.

utilizarlo como proxy del sustento de comprador alternativo.

Luego de realizar un análisis a detalle, Seton rechazó la compra debido a que el negocio no le parecía lo suficientemente atractivo para incluirlo dentro de su portafolio. Solo luego de esto, la FTC concluyó su investigación y aprobó la fusión por el mecanismo de FFD en este mercado. De esta manera se aprecia que, una autoridad de competencia que no tiene como prueba fehaciente que se ha intentado vender la empresa a compradores alternativos sin éxito, podría inclusive requerir pruebas *ad hoc* que demuestren que no existen compradores alternativos para la empresa en quiebra.

3. ¿La salida de la empresa del mercado resultaría en que los activos tangibles e intangibles de la empresa salgan de la industria?

El último requisito para que se consolide la FFD parte de la premisa de que el mercado analizado estaría en una mejor posición si los activos de la empresa en quiebra se mantienen dentro de la industria. Para estos efectos, la autoridad de competencia debe determinar si es que, de no concretarse la fusión planteada, los activos se retirarían de la industria o si es posible concretar una eventual venta individual de activos más beneficiosa. Asimismo, este criterio se sostiene bajo el argumento de que la competencia en el mercado se encontrará en una situación similar independientemente de si se realiza o no dicha transacción²⁰.

Un caso que enfatiza el alcance de este criterio es el de la primera decisión de la Comisión Europea con respecto a la fusión entre Olympic con Aegean, dos aerolíneas de Grecia. La aerolínea Olympic había sufrido pérdidas operativas prolongadas desde la crisis financiera, lo que la había llevado a la decisión de liquidar su sociedad en favor de Aegean. No obstante, debido a que la transacción requería de aprobación por parte de la autoridad de competencia y que las probabilidades de que esta levantara preocupaciones eran altas, las empresas solicitaron a la Comisión ser analizadas bajo la FFD (Komninos, Jeram, & Iakovos, 2020).

El análisis de la Comisión Europea concluyó que ninguno de los tres criterios se cumplía en este caso. Con respecto a los primeros dos criterios, la Comisión señaló que los resultados operativos de los últimos años no suponían evidencia suficiente para inferir una posible salida de mercado y que

no había pruebas fehacientes de la búsqueda de otro postor. En lo referido al tercer criterio, la Comisión Europea consideró que tampoco se cumplía pues el Estado griego heredaría los activos de Olympic y los administraría manteniéndolos dentro del mercado.

Finalmente, este tercer criterio también ha sido evaluado en el contexto Latinoamericano. Por ejemplo, en el caso de Aviacom y Terpel (dos empresas colombianas de distribución de combustibles líquidos de aviación), la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) cambió su postura y aprobó la fusión tras encontrar evidencia suficiente que probaba la excepción de empresa fallida o “empresa en crisis” (Superintendencia de Industria y de Turismo, 2015). Al evaluar el tercer requisito, la SIC concluyó que “dada la situación financiera que enfrenta Aviacom, se vería obligada a salir del mercado en un futuro cercano, razón por la cual, de no aprobarse la operación proyectada, los niveles de concentración en los mercados relevantes definidos con anterioridad aumentarían” (Superintendencia de Industria y Turismo, 2015).

Las experiencias repasadas permiten concluir que los escenarios de crisis no afectan la vigencia de las normas de competencia ni necesariamente cambian los estándares de evaluación de las operaciones. No obstante, es evidente que el impacto que una coyuntura de crisis puede generar en la operatividad de las empresas y el bienestar de los mercados, hace que sea más sencillo alcanzar tales parámetros de medición.

Así, por ejemplo, el hecho de que se permita un acuerdo de colaboración que en un contexto pre-crisis no hubiese sido admitido no significa que ahora la autoridad de competencia tolere coordinaciones anticompetitivas, sino que tales riesgos tienen un menor peso frente a las eficiencias (por ejemplo, ampliar la red de distribución de productos alimenticios) que hoy en día puede generar la operación en beneficio de los consumidores, dadas las restricciones que enfrentan. De igual modo, que hoy en día exista una mayor tendencia a aceptar una defensa de firma fallida no significa que las autoridades de competencia hayan dejado de lado los criterios de evaluación, sino que, por ejemplo, la recesión que está generando la crisis económica dificulta el pago de obligaciones para todas las empresas lo que, a su vez, hace poco viable que más de un competidor esté dispuesto a invertir en la compra de activos de otro.

²⁰ La empresa en quiebra deberá de probar que ha intentado reestructurarse mediante la ley de reorganización operativa vigente en su jurisdicción. De no poder realizar esta reestructuración de manera efectiva, la empresa estará obligada a salir del mercado en conjunto con sus activos.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las estrategias de crecimiento horizontal como los acuerdos de colaboración o las fusiones y adquisiciones generan múltiples eficiencias, tales como reducir costos de transacción, lograr economías de escala, ganar acceso a nuevas tecnologías, áreas geográficas, entre otros. Sin embargo, cualquiera de estas figuras puede ser utilizada para fines contrarios e ilícitos: (i) colaboraciones para coludirse; (ii) fusiones para abusar de un mayor poder de mercado; o, (iii) adquisiciones para eliminar presiones competitivas. Es este “riesgo de contagio” el que motiva que las autoridades de competencia las evalúen con mucha rigurosidad y en algunos casos hasta las prohíban. Este artículo refleja, a través de experiencia nacional, regional y comparada, que este tipo de operaciones demanda una evaluación fina del balance entre las eficiencias de la colaboración y sus riesgos anticompetitivos, tanto en tiempos “normales” como durante una crisis como la inducida por el COVID-19.

Es cierto que la naturaleza de determinadas operaciones puede generar más suspicacia sobre sus potenciales riesgos que otras (por ejemplo, una fusión entre los dos principales competidores de un mercado altamente concentrado versus un acuerdo de compra conjunta entre dos actores poco relevantes en un mercado desconcentrado). Sin embargo, ello no significa que se deba omitir un análisis de competencia en aquellos casos de “menor perfil”. Ciertamente, no solo el poder de mercado resultante de una operación genera potenciales perjuicios para la competencia, sino también la posibilidad de materializar un riesgo de coordinación y para esto último, en escenarios de acuerdos de colaboración, resultan irrelevantes las cuotas de participación de mercado de las partes.

Un contexto de crisis no libera a las partes de la realización de este análisis, y mucho menos del cumplimiento de las normas de competencia. Es cierto que las autoridades de competencia han realizado declaraciones que reflejan una visión más comprehensiva y protagónica de las eficiencias por encima de los riesgos: no solo se toman en cuenta las sinergias generadas, sino también otros factores exógenos relativos al bienestar social o el fortalecimiento de sistemas. Sin embargo, ello no significa que la autoridad en tiempos de crisis dejará de fiscalizar que la implementación de la operación respete la libre competencia; por el contrario, es esperable que el escrutinio posterior sea riguroso para corregir cualquier eventual conducta que, para ese entonces, ya no se encuentre justificada por las circunstancias.

Siendo ello así, la ausencia de un análisis de competencia idóneo por las partes de un acuerdo colaborativo, fusión o adquisición pone en riesgo la viabilidad de la operación y, en algunos casos, genera la imposición de cuantiosas multas que hacen que “la lavada salga más cara que la camisa”. Para reducir los posibles efectos negativos de una operación sobre la dinámica en un mercado, además de reducir los costos relacionados a una eventual investigación o proceso de oficio por la autoridad de competencia, los autores proponen tres recomendaciones.


Primero, **sincera**r los potenciales riesgos y eficiencias derivados de la transacción y, sobre la base de ello, evaluar otras medidas menos restrictivas a la competencia para alcanzar el objetivo deseado, o, de no ser ello posible, prever medidas complementarias para neutralizar los riesgos de coordinación y/o abuso de posición de dominio. Las conclusiones –así como las premisas de las que se parte para el análisis– deben encontrarse debidamente justificadas y documentadas a fin de garantizar su objetividad.

Segundo, **respetar** el diseño de la operación durante su implementación. El análisis de riesgos y eficiencias no debiera ser un mero “trámite” para obtener la aprobación o aparentar que se hizo un análisis de competencia. Este documento sirve para evaluar la viabilidad de una operación y debiera ser el norte de su implementación. Si bien existen aspectos que pueden variar en el tiempo, como, por ejemplo, el nivel de concentración del mercado, ello no invalida esta “hoja de ruta” sino más bien permite reevaluar la necesidad de agregar o eliminar, según sea el caso, las medidas de neutralización de riesgos diseñadas originalmente.

Tercero, **implementar** buenas prácticas en materia de competencia. Dependiendo de la naturaleza de la operación, las partes pueden estar más expuestas a ciertos riesgos de coordinación o de abuso del poder de mercado adquirido (efectos unilaterales), por lo que se debe cuidar que su implementación vaya acompañada de medidas idóneas para la mitigación de riesgos. Así, por ejemplo, un acuerdo de colaboración puede requerir de la implementación de protocolos de intercambio de información, mientras que una fusión que fortalece la posición de un agente dominante puede requerir de una revisión de cláusulas contractuales que eviten efectos exclusivos en el mercado (por ejemplo, contratos de exclusividad con distribuidores).

Finalmente, es comprensible que las autoridades de competencia miren con cautela las operaciones

de concentración horizontal; no obstante, es vital que evalúen el impacto de sus intervenciones para maximizar las ventajas que las estrategias de crecimiento inorgánico pueden ofrecer a los mercados, sobre todo en tiempos de crisis que afectan la sostenibilidad operativa de las empresas. Ciertamente, el asilamiento o distanciamiento empresarial no eliminará por completo el “riesgo de contagio”, y sobre todo puede terminar afectando más a la competencia con la salida de muchos actores que no pudieron beneficiarse de estas estrategias de crecimiento.

De esta forma, es deseable que la autoridad de competencia opte por las medidas menos gravosas para proteger a la competencia (por ejemplo, en lugar de denegar una operación, podrá condicionarla a remedios, o, en lugar de imponer remedios, podrá fiscalizar atentamente que en su implementación no se vulnere la competencia) y siga priorizando su importante labor en la apertura del mercado y educación en reglas de competencia, como lo ha venido haciendo Indecopi en el Perú sostenidamente a través de diversas abogacías de la competencia, guías y lineamientos en la materia. 

REFERENCIAS

- Australian Competition and Consumer Commission (3 de abril de 2020). Medicine manufacturers to coordinate on COVID-19 response. <https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-manufacturers-to-coordinate-on-covid-19-response>
- Autorité de la Concurrence (1 de abril de 2015). Joint purchasing agreements. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/1-april-2015-joint-purchasing-agreements-food-retail-sector>
- (16 de julio de 2018). Joint purchasing agreements in the food retail market sector. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/16-july-2018-joint-purchasing-agreements-food-retail-market-sector>
- (17 de diciembre de 2020). Centrales d'achat: Carrefour et Tesco réduisent le périmètre de leur coopération. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/article/centrales-dachat-carrefour-et-tesco-reduisent-le-perimetre-de-leur-cooperation>
- Bawlitza, C., & Benejam, J. (19 de mayo de 2020). Merger control: distressed M&A in the time of COVID-19. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1dbd1600-519b-4af1-99c7-f33e361c6955>
- Canabrava, L., Spadano, L., Augustin, B., & Perassa, D. (01 de enero de 2020). Merger control in Brazil: overview. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-1911?__lrTS=20180530214031634&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-1911?__lrTS=20180530214031634&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)
- Competition and Markets Authority [CMA] (15 de febrero de 2018). Cleanroom laundry services and products: anti-competitive arrangement(s). <https://www.gov.uk/cma-cases/cleaning-services-sector-suspected-anti-competitive-arrangement-s>
- (25 de marzo de 2020). *CMA Approach to business cooperation in response to COVID-19*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/875468/COVID-19_guidance_-.pdf
- Conselho Administrativo de Defesa Económica (23 de marzo de 2020). Mensagem do Cade à comunidade antitruste e à sociedade em geral. <http://www.cade.gov.br/noticias/mensagem-do-cade-a-comunidade-antitruste-e-a-sociedade-em-geral>
- Conselho Administrativo de Defesa Económica. (2020). *Provisional Informative Note on the Collaboration Among Companies to Face the COVID-19 Crisis*.
- Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2020). *Killer Acquisitions*.
- Delegation of the United States (2009). *Roundtable on Failing Firm Defense*.
- Department for Business, Energy and Industrial Strategy, UK Government (21 de mayo de 2020). *Competition law exclusion orders relating to coronavirus (COVID-19)*. <https://www.gov.uk/guidance/competition-law-exclusion-orders-relating-to-coronavirus-covid-19>
- European Commission (12 de mayo de 2015). Antitrust: Commission accepts commitments by SkyTeam members Air France/KLM, Alitalia and Delta on three transatlantic routes. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4966
- European Commission (9 de junio de 2015). Mergers: Commission clears acquisition of certain INEOS chlorovinyls businesses by ICIG and approves ICIG as buyer of divested assets linked to approval of INEOS / Solvay joint venture. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5147

- European Competition Network (2020). *European Competition Network Joint Statement on application of competition law during the Corona crisis*.
- Ewing, K., & Ewing, K. P. (2003). *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience*. Kluwer Law International.
- Fabra, N., & Motta, M. (2013). *Coordinated Effects on Mergers*.
- Fina, T. D., & Mehta, V. (5 de Agosto de 2011). Baker Botts. https://www.bakerbotts.com/news/2011/08/antitrust-source-the-failing-firm-defense--alive__
- Fiscalía Nacional Económica [FNE] (3 de abril de 2020). Declaración Pública. <https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/>
- Grime, M., & Poddar, D. (2020). *The Jury is Out: An Assessment of Proposed Reforms to Australia's Merger Control Regime for Addressing Competitive Harm in the (Digital) Economy*. https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2020/06/CPI_killer_acquisitions_Poddar_and_Grime.pdf
- Hoffman, W., & Schaper-Rinker, W. (2001). Acquire or Ally? - A Strategy Framework for Deciding Between Acquisition and Cooperation. *Management International Review*, 41(2), 131-159.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (22 de abril de 2020). El Indecopi precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante la emergencia son lícitos de acuerdo a la Ley de Libre Competencia. <https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>
- INEOS (8 de mayo de 2014). European Commission clears proposed Solvay/INEOS Joint Ventures. <https://www.ineos.com/news/ineos-group/european-commission-clears-proposed-solvay-ineos-joint-venture/>
- Komninos, A., Jeram, J. & Iakovos, S. (2020). *A Re-Awakening of the Failing Firm Defense in the EU in the Aftermath of COVID-19?* Competition Policy International.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (26 de mayo de 2020). *Tackling Coronavirus (COVID-19): Contributing to a global effort*. <http://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (2000). *Policy Roundtables Competition Issues in Joint Ventures*.
- (2000). *Roundtable on joint ventures*. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAFFE/CLP/WD\(2000\)54&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAFFE/CLP/WD(2000)54&docLanguage=En)
- (2009). *Policy Roundtables*.
- (2020). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control - Background Note*.
- Röller, L.-H., Stennek, J., & Verboven, F. (2006). *Efficiency Gains from Mergers*.
- Sawler, J. (2005). Horizontal Alliances and the Merger Paradox. *Managerial and Decision Economics*, 26(4), 243-248. <http://www.jstor.org/stable/25151372>
- Ward, A., Valdés Schliephake, C., & Rivas Santiago, V. (8 de mayo de 2020). Amazon/Deliveroo: ¿una vuelta de la failing firm defence?. *Blog Cuatrecasas*. [Entrada de blog]. <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/amazon-deliveroo-vuelta-failing-firm-defence/>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 14 de enero de 2011.
- 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).
- Decreto Legislativo 1510, Decreto Legislativo modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de mayo de 2020 (Perú).

Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*.

(2019). *Opinion of the Commission in the Matter of Otto Bock HealthCare North America*. <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09378commissionfinalopinion.pdf>

Federal Trade Commission (2020). *Guide to Antitrust Laws: Entry and Efficiencies*. <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>

Federal Trade Commission & the U.S. Department of Justice (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

Fiscalía Nacional Económica [FNE] (2018). Recurso de reclamación: Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración de LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras (Chile).

(2020). Adquisición de CGL Limitada por parte de COPEC SA., FNE F215-2019 (Chile).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2019). *Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia*.

International Shoe Co. c. FTC, 42 [U.S. Supreme Court], 6 Ene.,1930.

Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 06 de enero de 2021 (Perú).

Sala de la Competencia de la CNMC, Resolución S/DC/0570/15 DIA/EROSKI, 29 de septiembre de 2016.

Superintendencia de Industria y Turismo, Resolución 90622 de 2015, 23 de noviembre de 2015 (Col).

The Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion). Order 2020 No. 369.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución 37/2011, 21 de septiembre de 2011 (Chile).

United States c. General Dynamics Corp., 72-402 [U.S. Supreme Court], 19 Mar., 1974.