

# ¡SÁLVESE QUIEN PUEDA! PROPUESTAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE EMPRESA EN CRISIS

## EVERYONE FOR THEMSELVES! PROPOSALS ON THE APPLICATION OF THE FAILING FIRM DEFENSE

Gianfranco Bocanegra Abarca\*

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Ximena Calderón Rojas\*\*

Bullard, Falla, Ezcurra+

COVID-19 has undoubtedly generated a business crisis that will not be easy to resolve. In this context, the failing firm defense becomes especially relevant, having been expressly introduced for a few months in Peruvian legislation on the occasion of the pandemic through Legislative Decree 1510, in order for the competition agency to take this aspect into account in its merger control decisions. Although, subsequently through Law 31112, Law that establishes merger control, the failing firm defense is not mentioned, this law leaves open the possibility of its application.

In this article, the authors analyze the failing firm defense, in order to comprehend its importance in the context of the pandemic. Also, they propose guidelines and amendments to strengthen the regulation of Law 31112.

**KEYWORDS:** *failing firm defense; Emergency Decree 013-2019; merger control; Indecopi.*

El COVID-19 ha generado, indudablemente, una crisis empresarial que no será sencilla de resolver. En este contexto, la figura de la excepción de la empresa en crisis cobra especial relevancia, al haber sido introducida de manera expresa por unos meses en la legislación peruana con ocasión de la pandemia a través del Decreto Legislativo 1510, con la finalidad de que la agencia de competencia tome este aspecto en consideración en sus decisiones en materia de control de concentraciones. Si bien, posteriormente a través de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, ya no se menciona la excepción de la empresa en crisis, esta ley deja abierta la posibilidad de su aplicación.

En el presente texto, los autores analizan la figura de la excepción de la empresa en crisis o failing firm defense, con el fin de entender su importancia en el contexto crítico de la pandemia. Asimismo, proponen lineamientos y modificaciones para fortalecer la regulación de la Ley 31112.

**PALABRAS CLAVE:** *excepción de empresa en crisis; Decreto de Urgencia 013-2019; control de concentraciones; Indecopi.*

\* Abogado. Abogado de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi (Lima, Perú). Contacto: gbocanegra@indecopi.gob.pe

\*\* Abogada. Estudios de posgrado en Regulación y Competencia en la Universidad de Valladolid. Asociada del área de Regulación y Competencia de Bullard, Falla, Ezcurra+ (Lima, Perú). Contacto: xcalderon@bullardabogados.pe

Las opiniones expresadas en el presente artículo son únicamente atribuibles a los autores. El presente artículo fue presentado el 6 de julio de 2020, cuando estaba promulgado el Decreto de Urgencia 013-2019. Dados los recientes cambios normativos, los autores tomaron la decisión de actualizar el artículo en beneficio de los lectores.

Nota del Editor: 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 23 de septiembre de 2020.

## I. CRÓNICAS DE UNA PANDEMIA

A inicios del año 2020, era difícil anticipar un escenario como el actual, de estados de emergencia sanitarias declarados a nivel mundial que trajeron como consecuencia la paralización de la gran mayoría de los negocios durante varios meses. De esta manera, es indudable que el COVID-19 ha generado una crisis económica y sanitaria mundial, encontrándose, a la fecha, la mayoría de los países en proceso de una reactivación económica.

Al respecto, según el Fondo Monetario Internacional, se estima que la economía mundial sufrirá una brusca contracción de -3.5% en el 2020 (Fondo Monetario Internacional, 2021), resultados que superarían la última crisis financiera producida en 2008-2009, siendo únicamente comparable con la Gran Depresión de 1929 (BBC News Mundo, 2020). Además, es ilustrador el contraste de lo señalado por la agencia Moody's a inicios del 2020, cuando estimaba un crecimiento de la economía peruana de 3% por encima del promedio regional (Villar Sánchez, 2020); mientras que, para enero del 2021, se estima que existió un decrecimiento de 11.6% (Diario Gestión, 2021).

En este contexto de pandemia mundial y crisis económica, muchas de las empresas se verán obligadas a acudir a los mecanismos disponibles en el ordenamiento jurídico para superar su grave situación económica y financiera. Entre estos mecanismos podemos encontrar las herramientas concursales, ayudas o programas estatales y las operaciones de concentración empresarial que les permitirán obtener el financiamiento necesario para rescatar a la empresa y así evitar su salida del mercado. Siendo que el régimen de control de las concentraciones entrará en vigencia en el Perú en el 2021<sup>1</sup>, es probable que algunas operaciones que se originen durante la crisis del COVID-19, queden sujetas al procedimiento de notificación y autorización previa por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi).

Siendo ello así, en el presente artículo, abordamos la llamada excepción de la empresa en crisis (en

adelante, EEC) (*failing firm defense*, en el derecho comparado), la cual fue introducida por unos meses de manera expresa en nuestro régimen de control de las concentraciones a propósito de la crisis del COVID-19. De esta manera, en la sección II del texto desarrollaremos el marco teórico de la EEC y la experiencia comparada, incluyendo su definición y las críticas que ha recibido esta doctrina. Por su parte, en la sección III plantearemos algunas propuestas para nuestro ordenamiento jurídico a la luz de la experiencia comparada, tanto a nivel de la ley como de los lineamientos que aprobará el Indecopi en materia de control de concentraciones; y, finalmente, en la sección IV presentaremos nuestras conclusiones.

## II. MARCO TEÓRICO DE LA EEC Y EXPERIENCIA COMPARADA

### A. La EEC en el sistema de control de las concentraciones en Perú en el contexto de la crisis del COVID-19

En noviembre del año 2019, mediante el Decreto de Urgencia 013-2019<sup>2</sup> (en adelante, DU 013), se aprobó en el Perú un régimen de control de las concentraciones, el cual estaba previsto para que entre en vigencia el 1 de marzo de 2021 por un período de 5 años. Hasta ese momento y desde 1997, solo existía un régimen de control de las concentraciones en el sector eléctrico, regulado por la Ley 26876 (Ley de Antimonopolio y Antiligopolio del Sector Eléctrico) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI<sup>3</sup>.

El texto original del DU 013 establecía un listado enunciativo de factores que el órgano competente debería tener en consideración al analizar los efectos de la operación notificada en la competencia en los mercados involucrados. Los factores que se mencionan son la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate las fuentes de distribución y comercialización, las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una po-

<sup>1</sup> Según sus Disposiciones Complementarias Finales, la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, entrará en vigencia una vez que se publique su reglamento y, luego de ello, se aprueben las modificaciones a las normas que rigen la organización y funciones del Indecopi. A la fecha de actualización de este artículo, este reglamento aún no ha sido publicado.

<sup>2</sup> Originalmente, la vigencia del Decreto de Urgencia 013-2019 estaba prevista para agosto de 2020. No obstante, mediante el Decreto Legislativo 1510, publicado el 11 de mayo de 2020, esta vigencia fue modificada a la fecha mencionada.

<sup>3</sup> Asimismo, mediante el Decreto Supremo 087-2002-EF, se aprobaron disposiciones reglamentarias de la Ley 26876, con respecto a operaciones de concentración en el sector eléctrico que se produzcan como consecuencia de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión – Proinversión.

sición de dominio, y la generación de eficiencias económicas (Decreto de Urgencia 013, 2019, art. 7.2). Estos factores son similares a los que se encontraban regulados en el marco de la Ley 26876 y su Reglamento en lo que respecta al sector eléctrico (Decreto Supremo 017-98-ITINCI, 1998, art. 19).

En mayo de 2020, mediante el Decreto Legislativo 1510 (en adelante, DL 1510), se modificaron e introdujeron disposiciones al DU 013, a fin de fortalecer el sistema de evaluación previa<sup>4</sup>. Entre ellas se destaca el reconocimiento de un factor adicional que el órgano competente debía tener en consideración en el procedimiento de control previo: **“la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, debidamente acreditadas por las partes notificantes”** (Decreto Legislativo 1510, 2020, art. 3) [el énfasis es nuestro].

Posteriormente, el 7 de enero de 2021, se publicó la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, la Ley 31112), que derogará el DU 013 una vez que entre en vigencia. Esta ley ya no menciona la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas, pero deja abierta esta posibilidad dado que la lista de factores que el órgano competente tendrá en consideración es enunciativa<sup>5</sup>.

Este factor adicional al que hizo referencia el DL 1510 recibe la denominación de EEC o *Failing Firm Defense*.

## B. Entendiendo la ECC: definición, requisitos para su configuración a nivel comparado y críticas sobre su aplicación

### 1. Definición de la ECC

La EEC es un aspecto que se analiza como parte del **contrafactual** en el cual las autoridades encargadas evalúan el nivel de competencia en los mercados involucrados con y sin que la operación tenga lugar<sup>6</sup>. De esta manera, la EEC agrega un escenario adicional en el que la empresa o activos adquiridos saldrán del mercado en caso de no llevarse a cabo la operación<sup>7</sup>. Para la configuración de esta excepción, las partes intervinientes en la operación deben probar a la autoridad de competencia que, a pesar de que la transacción pueda involucrar ciertas preocupaciones sobre los efectos de esta en la competencia, la única otra alternativa sería la salida del mercado de la empresa en crisis, lo cual sería más perjudicial para este.

En ese sentido, la ECC se trata de una excepción, porque permite que las autoridades autoricen operaciones en las que han detectado riesgos para la competencia, debido a que concluyen que el escenario sin la empresa o los activos sería igual o aún más perjudicial para el mercado<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Según la parte considerativa del Decreto Legislativo 1510 (2020):

Resulta indispensable prorrogar la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, a fin de que puedan completarse adecuadamente las acciones de implementación necesarias, así como modificar determinadas disposiciones para fortalecer el sistema de evaluación previa.

<sup>5</sup> Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial:

Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial

(...) 7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, **entre otros**, los siguientes factores: (...) (2021) [el énfasis es nuestro].

<sup>6</sup> Para mayor detalle:

197. En el análisis de operaciones de concentración se ponderan los niveles de competencia que se espera con y sin que la operación tenga lugar –lo que se denomina “contrafactual”– a modo de evaluar si las operaciones sometidas a su conocimiento son aptas para reducir sustancialmente la competencia (Fiscalía Nacional Económica, 2020a, p. 62).

<sup>7</sup> Al respecto, Pérez Molina ha señalado que:

Es usual que en las crisis económicas muchos de los operadores del mercado tengan que enfrentarse con graves dificultades. A fin de remediar esta situación, los competidores pueden optar por celebrar operaciones de concentración con empresas que se encuentran en mejores condiciones. De ahí que las autoridades de competencia se vean obligadas a evaluar concentraciones empresariales en las que toman parte empresas con sustanciales inconvenientes financieros (OECD, 2009, p. 11).

<sup>8</sup> Al respecto, el CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez señala:

Esta modificación en el escenario contrafactual es lo que las partes de una fusión pretenden hacer valer al invocar la defensa de empresa en crisis. Se trata de una excepción, porque en su sentido estricto, permite aprobar operaciones de concentración aun si la autoridad ha detectado riesgos anticompetitivos. En otras palabras, a pesar de que un análisis prima facie de la operación arroje que la misma se traduciría –utilizando los términos del DL 211– en una reducción sustancial a la competencia, la fusión debe ser aprobada excepcionalmente, ya que de lo contrario los activos del agente desaparecerán, surtiendo un daño a la competencia o todavía mayor (2020, p. 3).

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OECD), la EEC tiene su origen en la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América con el caso *International Shoe c. FTC* de 1930 (2009, p. 19). Posteriormente, en los años 60, en el caso *Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos* esta misma corte desarrolló por primera vez una serie de requisitos que necesariamente debían cumplirse para que se configure la EEC. Estos requisitos fueron recogidos posteriormente en 1997 por la Guía de Concentraciones Horizontales (Horizontal Merger Guidelines) emitida por el Departamento de Justicia (DOJ<sup>9</sup>) y la Comisión Federal de Comercio (FTC<sup>10</sup>) y, asimismo, han sido adaptados por diversas agencias de competencia a nivel mundial.

En este punto, conviene precisar que la EEC se distingue de la doctrina de *Failing Division Defense* o Excepción de División en Crisis (en adelante, EDC), reconocida en otros países como Estados Unidos, la Unión Europea y el Reino Unido<sup>11</sup>. Esta excepción se alega en aquellos casos en los que una empresa desea vender una unidad de su negocio, que saldrá del mercado si la venta no se materializa. La importancia de la distinción entre la EEC y la EDC es mencionada por NZERO citando los casos de *Reed Roller Bit Co c. Estados Unidos* y *Blue Bell Inc c. Estados Unidos*, en los que las partes involucradas en la operación no pudieron demostrar los requisitos de la EEC cuando en realidad estos casos encajaban en la doctrina de la EDC (Nzero, 2014, p. 451). En cualquier caso, se trata de una doctrina que se podría estudiar y aplicar al caso peruano, puesto que la lista de factores que tendrá en consideración la Comisión de Defensa de Libre Compe-

tencia (en adelante, Comisión) del Indecopi según la Ley 31112 es enunciativa.

## 2. Requisitos para la configuración de la ECC a nivel comparado

De una revisión de los requisitos aprobados en otros países para la configuración de la EEC, observamos que todos se han basado en los tres requisitos desarrollados por la Guía de los Estados Unidos, solamente con algunas sutiles diferencias (OECD, 2009, p. 176)<sup>12</sup>. Estos suelen ser aplicados de forma estricta por las agencias de competencia, debido a que la cuota de mercado y activos de la empresa en crisis serán absorbidos por un competidor.

Al respecto, en el contexto de la crisis del COVID-19, la OECD (2020a) ha señalado que estos tres requisitos son: (i) sin la operación de concentración empresarial, la empresa en crisis saldría del mercado en el futuro cercano como resultado de sus dificultades financieras; (ii) no existe una transacción o reorganización alternativa y factible que sea menos anticompetitiva que la operación propuesta; y, (iii) sin la fusión, los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado<sup>13</sup>.

A continuación, desarrollamos brevemente la experiencia en otros países del mundo:

### - Estados Unidos

Como ya mencionamos, los requisitos para la configuración de la EEC se utilizaron por primera vez en el caso *Citizen Publishing Co. c. Estados*

<sup>9</sup> Por sus siglas en inglés: Department of Justice

<sup>10</sup> Por sus siglas en inglés: Federal Trade Commission.

<sup>11</sup> A manera de ejemplo, los lineamientos de los Estados Unidos mencionan lo siguiente:

Usualmente las agencias no atienden alegaciones referidas a que los activos de una división saldrían del mercado en el futuro cercano a menos que las dos siguientes condiciones se cumplan: (1) aplicando reglas de asignación de costos que reflejen los verdaderos costos económicos, la división tiene de manera persistente un flujo de caja negativo en un servicio continuo, y dicho flujo de caja negativo no es económicamente justificado para la empresa en beneficios como ventas adicionales en mercados complementarios o mejorar la fidelidad del cliente; y (2) el dueño de la división en crisis ha realizado infructíferos esfuerzos de buena fe para obtener alternativas razonables que permitirían mantener sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante, generando un menor daño a la competencia que la adquisición propuesta (U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), 2010, p. 32).

<sup>12</sup> Como señala Juan David Gutiérrez, la variación a nivel de las legislaciones de la región de América Latina podría estar en el estándar probatorio necesario para presentar esta excepción:

seguramente habrá variación entre las autoridades de competencia de la región respecto del estándar probatorio que requieran para dar su visto bueno a operaciones que podrían generar limitaciones significativas a la competencia bajo el amparo de la 'excepción de empresa en crisis' (2020, p. 21).

<sup>13</sup> La OECD expresa lo siguiente:

There is general consensus that a FFD should only be accepted when three cumulative conditions are met: (i) absent the merger, the failing firm would exit the market in the near future as a result of its financial difficulties; (ii) there is no feasible alternative transaction or reorganisation that is less anti-competitive than the proposed merger; and (iii) absent the merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market. Since the market share and the assets of the target would be entirely acquired by one competitor (i.e. the acquirer), the fulfilment of these high requirements appears necessary to exclude that a less restrictive option is available (OECD, 2020a, p. 8).

*Unidos* de 1969. En este caso, la Corte Suprema concluyó que los requisitos de la doctrina de la EEC no se cumplieron, debido a que, entre otras razones, no había ninguna indicación de que los dueños de la empresa Citizen Publishing hayan planeado liquidar la empresa o vender el periódico, así como tampoco había evidencia alguna de que el acuerdo haya sido la última alternativa para la empresa en crisis (*Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos*, 1969).

Posteriormente, estos requisitos fueron adaptados y recogidos en 1997 en la Guía de Concentraciones Horizontales<sup>14</sup> de la siguiente forma: (i) la supuesta empresa en crisis debería encontrarse imposibilitada de cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro cercano; (ii) no es posible que se someta a un proceso de reestructuración bajo el Capítulo 11 de la Ley de Quiebra (*Bankruptcy Act*); y, (iii) ha realizado esfuerzos razonables (de buena fe) para obtener otras ofertas que le permitan mantener sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante que impliquen una opción menos lesiva para la competencia que la operación de concentración empresarial.

Cabe mencionar que en la Guía se ha precisado que cualquier oferta de compra de los activos de la empresa en crisis que se encuentre por encima del valor de liquidación de los activos será entendida como una oferta alternativa razonable. Asimismo, se entiende por valor de liquidación de activos al valor más alto que los activos podrían obtener para uso fuera del mercado relevante (U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), 2010, p. 32, nota al pie 16).

#### - Unión Europea

En la Unión Europea, el primer caso en el que se desarrolla la doctrina de EEC, aunque no fue aceptada, es *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* en 1991. En este pronunciamiento, la Comisión Europea no aceptó la defensa de la EEC, debido a que consideró que De Havilland podría per-

manecer como una empresa independiente y eficiente; y, puesto que podrían existir otros potenciales compradores, que representaban menos preocupaciones para la competencia (OECD, 2009, p. 23).

Recién en 1993, en el caso *Kali und Salz*, la Comisión Europea aceptó por primera vez esta doctrina<sup>15</sup>. De manera posterior a esta fusión, no existió ningún otro caso en el que se haya aceptado la EEC hasta el 2001, en el que se autorizó la operación de concentración empresarial *BASF/Eurodiol/Pantochim*. La relevancia de este último caso radica en que la Comisión consideró que era suficiente con demostrar que los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado aun cuando no se efectúe la fusión y no existía otra opción de compra menos anticompetitiva (OECD, 2009, p. 24).

En la actualidad, los requisitos necesarios para que se configure la EEC se encuentran regulados en las Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas del 2004. En este documento, se precisa, citando el caso *Kali und Salz y otros*<sup>16</sup>, que en general se debe probar que la estructura competitiva del mercado, también se hubiera deteriorado en una medida cuando menos equivalente de no producirse la concentración (UE, 2004, Capítulo VIII).

Sobre el particular, las Directrices señalan los siguientes tres requisitos para la configuración de una EEC: (i) la empresa presuntamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; (ii) no debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada; y, (iii) de no mediar una concentración, la desaparición de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable (UE, 2004, Capítulo VIII).

<sup>14</sup> Esta guía fue reemplazada por su última versión en el 2010 (U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), 2010, p. 32, numeral 11).

<sup>15</sup> Al respecto, la OECD ha mencionado lo siguiente sobre los motivos de la decisión de la Comisión Europea:

En este caso, la Comisión encontró que no existía ningún vínculo causal entre la fusión propuesta y la previsible pérdida de competencia en el mercado alemán debido a que los efectos resultarían en similar medida sin la fusión, en tanto la empresa en crisis saldría del mercado. De esta manera, la Comisión concluyó que (1) la empresa adquirida saldría necesariamente del mercado en un futuro cercano si no era adquirida por otra, (2) la empresa adquirente, de todos modos, sería el agente que absorbería la cuota de mercado de la empresa en crisis, si esta era forzada a salir del mercado, y (3) no existió un comprador alternativo que genere efectos menos anticompetitivos (OECD, 2009, p. 24).

<sup>16</sup> En la nota al pie 110 de UE (2004) se citan los siguientes casos: "Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *Kali und Salz*, apartado 114. Véase, asimismo, la Decisión de la Comisión 2002/365/CE en el asunto COMP/M. 2314 – *BASF/Pantochim/Eurodiol* DO L 132 de 17.5.2002, p. 45, considerandos 157-160 [...]".

Con respecto a este último requisito, se precisa que esta inevitabilidad de que los activos de la empresa en crisis desaparezcan del mercado podría dar pie a la conclusión de que la cuota de mercado de la empresa pasaría, en cualquier supuesto, a la otra parte de la concentración (por ejemplo, en el caso de una concentración de la que surja un monopolio), permitiéndose la operación<sup>17</sup>.

Cabe precisar que estas condiciones han sido aplicadas por la Comisión Europea en el caso de la fusión de las aerolíneas griegas *Aegean/Olympic II* en el 2013<sup>18</sup> en un contexto de crisis económica como la que se presenta actualmente a raíz del COVID-19.

- *Reino Unido*

Por su parte, en el Reino Unido, los requisitos para que se configure la EEC se encuentran regulados en el documento Lineamientos de Análisis de Concentraciones (Merger Assessment Guidelines) del 2010 y son los siguientes: (i) si la empresa en crisis hubiese salido del mercado necesariamente (por ejemplo, a través de la quiebra) si no se produce la operación de concentración empresarial; (ii) si existía otro potencial comprador de la empresa o sus activos; y, (iii) qué habría sucedido con las ventas de la empresa en crisis si salía del mercado (Competition Commission (actualmente CMA) and Office of Fair Trading (OFT), 2010, p. 23, sección 4.3.8).

Con respecto al último requisito, las Directrices precisan que se debe tomar en cuenta si las ventas de la empresa en crisis una vez abandone el mercado serían distribuidas entre los competidores que permanecerán en dicho mercado o si estas ventas serían igualmente absorbidas por la empresa adquirente, entre otros supuestos.

Al respecto, el 22 de abril de 2020, la Autoridad de Competencia y Mercado (en adelante, CMA)<sup>19</sup> publicó el documento titulado Análisis de concentración durante la pandemia del coronavirus (CO-

VID-19) (CMA, 2020a), el cual contiene en el Anexo A el resumen de la posición de la CMA en concentraciones que involucran empresas en riesgo (CMA, 2020b). En el referido documento, la CMA reitera los requisitos antes mencionados, aunque precisó que estos dependen de una evaluación caso por caso.

Posteriormente, en noviembre de 2020, la CMA publicó un borrador de los nuevos Lineamientos de Análisis de Concentraciones (CMA, 2020c) para recibir comentarios de los agentes económicos hasta el 8 de enero de 2021 (CMA, 2020d). En este documento se propone eliminar el tercer requisito consistente en qué habría sucedido con las ventas de las empresas en crisis si salía del mercado, ya que considera que, en la práctica, a diferencia de lo que parece sugerir el texto de las directrices del 2020, los requisitos no han sido aplicados de manera estricta por la CMA. Además, este cambio se encontraría en línea con las guías de Estados Unidos y la Unión Europea (CMA, 2020d).

Asimismo, cabe mencionar que desde la conformación de la actual CMA en abril de 2014, esta autoridad de competencia ha aceptado únicamente la EEC en dos casos concretos (CMA, 2020b, nota al pie 9). El primer caso consistió en la operación de las líneas de la costa este de *First Scotland East Limited* por *East Coast Buses Limited* en el 2017. El segundo caso fue la adquisición cerrada por parte de *Alliance Medical Group Limited* de los activos de *IBA Molecular UK Limited*, usados en la manufactura de *18F-Fluorodeoxyglucose* en el 2014. Finalmente, nos parece oportuno mencionar el caso de *Amazon/Deliveroo* en el 2020, que ha sido evaluado en el contexto de la crisis del COVID-19, debido a que la CMA admitió la alegación de la EEC durante la segunda fase del procedimiento. No obstante, en su decisión final, sin perjuicio de haber aprobado la operación, esta agencia de competencia descartó la EEC, pues consideró que *Deliveroo* se había recuperado financieramente y, en ese sentido, ya no podía seguir calificando como una empresa en crisis (CMA, 2020e).

<sup>17</sup> Cabe precisar que usualmente la Comisión Europea considera que, si los activos pueden ser transferidos en el mercado, entonces la Comisión podría determinar que el escenario de pérdida de la empresa y sus activos hubiese tenido un efecto anticompetitivo menor en el mercado relevante que la fusión (Woolich, Hardaker, Yau, Adams, Brown, Roussou, Burling & Kelly, 2017).

<sup>18</sup> Al respecto, en el *webinar #5 Failing Firm Defence: A new era for mergers?* organizado por Concurrences, Axel Guter-muth, mencionó lo siguiente:

[...] decidido en el 2013, la Comisión aceptó la defensa de la empresa en crisis en el caso de las aerolíneas griegas *Aegean* y *Olympic*, el segundo caso, la segunda transacción entre estas empresas, la primera fue prohibida por la Comisión Europea en el 2011 pero la compañía intentó de nuevo en el 2013 y en ese momento la Comisión permitió que se concrete la transacción. El contexto general acá fue el resultado de la crisis financiera, en particular de Grecia, pero las empresas, la empresa objetivo aquí, *Olympic*, se encontraba en pérdidas por un par de años, por lo que no fue solamente se debió a una repentina crisis [...] (2020).

<sup>19</sup> Por sus siglas en inglés: Competition and Markets Authority.

- *Canadá*

Por otro lado, en Canadá la EEC está reconocida en la sección 93 (b) de la Ley de Competencia (*Competition Act*). Esta norma señala que uno de los factores del análisis en la evaluación de una operación de concentración empresarial será si “una empresa, o parte de esta, que forme parte de la operación u operación propuesta se encuentra en crisis o es probable que lo esté” (*Competition Act*, 1985, sección 93 b).

Además, la EEC ha sido desarrollada por la agencia canadiense de competencia (en adelante, CBC<sup>20</sup>) en las Directrices de Control de Concentraciones (Merger Enforcement Guidelines), en donde se precisa que esta no resulta aplicable a una fusión que es probable que afecte sustancialmente a la competencia. En este contexto, las Directrices señalan los siguientes requisitos para que la EEC sea aceptada por la CBC: (i) que la crisis de la empresa es inminente; (ii) que, en ausencia de la fusión, es probable que los activos de la empresa salgan del mercado; y, (iii) que existen alternativas a la fusión y estas podrían resultar materialmente más graves a la competencia que la operación propuesta<sup>21</sup>.

- *Chile*

Por otra parte, en Chile, la EEC se encuentra reconocida en la Guía para el análisis de operaciones de concentración publicada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) en octubre del año 2012, aunque hasta dicha fecha ya existían contados casos en los que se había tomado en cuenta la eventual salida del mercado de las empresas adquiridas como parte del escenario contrafactual<sup>22</sup>. Para que se configure la EEC, la Guía exige la necesaria acreditación de los siguientes tres requisitos: (i) la empresa presuntamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es

absorbida por otra empresa; (ii) la salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa; y, (iii) no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado los esfuerzos necesarios por encontrar alternativas (FNE, 2012, p. 26).

Recientemente, el 8 de junio de 2020, la FNE emitió el informe de aprobación de la adquisición de activos de la empresa Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., al considerar que había quedado acreditada la EEC que fue alegada por las partes notificantes durante la Fase II de la investigación (Fiscalía Nacional Económica, 2020a)<sup>23</sup>. En concreto, se trata del primer caso de concentraciones en Chile autorizado bajo esta figura.

- *Colombia*

En Colombia, el desarrollo de los criterios de evaluación de la EEC únicamente ha sido a través de la jurisprudencia de su agencia de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC). A manera de ejemplo, podemos mencionar las decisiones de esta agencia con respecto a la integración producida en 2005 entre Editorial Televisa Colombia, Editora Cinco Cultural y Editora Cinco Recreativa (Resolución 33268, 2005), la adquisición del Grupo Argos de Cementos Andino y Concrecem en el 2006 (Resolución 13544, 2006), así como la decisión respecto a un recurso de reposición presentado por Aviacom y Terpel sobre la Resolución 52117 del 2015, en la que la autoridad objetó la integración entre estas compañías (Resolución 90622, 2015).

Lo anterior es bastante particular, ya que si bien, como hemos señalado, esta doctrina se inició a través de la jurisprudencia, la mayoría de las agencias de competencia han emitido lineamientos que

<sup>20</sup> Por sus siglas en inglés: Competition Bureau Canada.

<sup>21</sup> Es necesario señalar que, si bien el documento antes mencionado no indica esta lista de manera ordenada y taxativa, esta puede desprenderse de su contenido. Además, se encuentran en línea con la evaluación de Chris Marigson y Justine Resler respecto a los criterios de la CBC sobre la EEC (2020).

<sup>22</sup> Al respecto, el CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez señala:

En la jurisdicción chilena, la excepción como tal nunca ha sido aplicada ni tomada en cuenta como una de las razones principales para no impugnar una fusión, aunque casos aislados —como el antiguo Comercial Huechuraba/Cervecería del Pacífico o Cencosud/Johnson’s— dan cuenta de consideraciones similares sobre un contrafactual de quiebra o dificultades financieras. En la reciente prohibición de la fusión de clínicas de Iquique por parte de la FNE, la autoridad también incorporó algunos elementos que subyacen a la excepción de empresa en crisis en su análisis del escenario contrafactual, más allá de que las partes no habrían alegado esta excepción en términos formales. Por su parte, el TDLC en SMU/SDS debió lidiar con argumentos similares sobre la necesidad de la fusión, pero los descartó fundado en el desempeño competitivo positivo de las compañías previo a la fusión, que constaba en diversos antecedentes. (CentroCompetencia UAI, 2020, p. 3).

<sup>23</sup> Siendo que la investigación inició el 25 de noviembre de 2019, la FNE aprueba compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis. Fecha: 08 de junio de 2020.

señalan qué criterios serán los evaluados para la configuración de la EEC para brindar mayor predictibilidad a las empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, Arboleda Suárez evaluando las decisiones antes mencionadas ha señalado que se pueden extraer los siguientes requisitos: (i) la empresa supuestamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo; (ii) no existe otra alternativa o proyecto real o alcanzable menos anticompetitivo; y, (iii) el daño a la competencia generado por la operación es comparable con aquél que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis (2019, p. 127).

#### - Ecuador

Debido a la coyuntura actual, la agencia de competencia ecuatoriana, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante, SCPM), ha emitido la Resolución SCPM-DS-2020-018 del 20 de abril de 2020 que resuelve incorporar el procedimiento abreviado de notificación obligatoria previa de operaciones de concentración económica. Este procedimiento establece, en líneas generales, que para acogerse al mismo es necesario que se configure alguno de los supuestos señalados en la referida norma, siendo uno de estos que la operación involucre empresas que se encuentren en riesgo de quiebra.

De esta manera, la norma bajo comentario, señala de manera expresa que para la configuración debe considerarse los siguientes aspectos: (i) que el operador económico no pueda asumir sus obligaciones financieras en el futuro cercano; (ii) la inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia, es decir, que se hayan realizado todos los esfuerzos posibles para vender los activos del operador económico a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia; y, (iii) que en ausencia de la adquisición, el operador económico dejaría de participar en el mercado. A la fecha, no han existido casos en los que haya aplicado la doctrina de EEC (Resolución SCPM-DS-2020-018, 2018).

### 3. Críticas a la aplicación de la EEC

Si bien la EEC parece ser una alternativa atractiva, porque permite la autorización de una operación de concentración empresarial con efectos potencialmente anticompetitivos, se puede evidenciar que a nivel comparado esta excepción no ha sido alegada con mucha frecuencia ni suele ser aceptada por las autoridades de competencia, las cuales históricamente son adversas al riesgo.

Esta falta de aceptación usualmente se debe a que la autoridad de competencia determina que existen alternativas a la operación con efectos menos lesivos para la competencia, como pueden ser otros adquirentes, la reorganización de la empresa en crisis o incluso el financiamiento de su propio grupo económico (Cuninghame, Fosselard, Armitage, Parr & Eberhardt, 2020), aspectos que forman parte del análisis del segundo requisito y que suele ser el más difícil de demostrar de los tres.

En el 2009, la OECD realizó una Mesa Redonda sobre la Excepción de la Empresa en Crisis (OECD, 2009). En dicha oportunidad, las críticas a la EEC se centraron en que, en la práctica, conlleva largas investigaciones que pueden agravar la situación de la empresa en crisis, la cual podría quebrar y resultar en liquidaciones ineficientes para el mercado. En esa línea, se cuestionó que los requisitos para que se configure son excesivos y rígidos. Al respecto, en el *webinar* denominado *#5 Failing Firm Defence: A new era for mergers?*, Chapsal ha mencionado que en tiempos de crisis la salida de algunos activos del mercado puede tener como efecto que la capacidad de producción se concentre en solo algunos competidores, incrementándose los precios (2020).

Según la OECD (2009), las agencias de competencia cometen dos tipos de errores en la evaluación de la EEC. Los errores "Tipo I" que significan prohibir operaciones que debieron ser autorizadas o autorizada con condiciones desproporcionadas y los errores "Tipo II" que implican autorizar operaciones que generan mayores perjuicios para la competencia o el establecimiento de condiciones que no remedian los efectos anticompetitivos. Al respecto, la OECD identificó una tendencia de las autoridades de competencia a cometer los errores "Tipo I" (OECD, 2009, pp. 20-21).

Ahora bien, la OECD en el documento bajo comentario menciona que, pese a las críticas, la mayoría de los delegados de las agencias de competencia que participaron en la discusión consideraron que no era necesaria una flexibilización de los requisitos en tiempos de crisis. La razón de ello sería que estiman que existen otros instrumentos como los procedimientos concursales y ayudas estatales; y, además, debido a la preocupación de que el relajamiento de los requisitos conlleve a un exceso de errores "Tipo II".

Como respuesta a estos errores, se han presentado en la doctrina algunas alternativas de solución. A manera de ejemplo, en un reciente trabajo desarrollado por Ayal y Rotem (2020, pp. 468-499) se ha propuesto como solución a los errores "Tipo I" y "Tipo II" existentes y a los altos costos para las agencias de competencia en la tramitación



de estas operaciones, una tercera alternativa a la autorización o aprobación con condiciones, que consistiría en que las legislaciones permitan a los gobiernos asumir un porcentaje de participación en la empresa resultante de la operación, a efectos de compensar a los consumidores en caso de que se produzcan daños a la competencia, que permita un procedimiento de evaluación más célere y evite la ocurrencia de efectos anticompetitivos en un escenario posterior a la operación.

### III. APLICACIÓN DE LA EEC EN TIEMPOS DE COVID-19

#### A. El impacto del COVID-19 en la experiencia comparada

Sin duda la crisis del COVID-19 ha generado un impacto en los procedimientos de control de concentraciones. Al respecto, coincidimos con la OECD en que en estos procedimientos las alegaciones de la EEC se volverán más frecuentes y, en algunos casos, más justificables (2020a, p. 9). Ejemplos de esto último son las operaciones de Amazon/Deliveroo (Reino Unido), Jeju Air/Eastar Jet (Corea del Sur) y Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada (Chile).

En abril de 2020, la OECD publicó el documento (de título traducido al español) COVID-19: Acciones de política de competencia para los gobiernos y autoridades de competencia (OECD, 2020b), en el que recomendó garantizar una rigurosa aplicación de la EEC. Sin embargo, advirtió que:

[r]econociendo que la posición de las empresas en dificultad puede deteriorarse rápidamente durante la investigación, lo que a su vez puede causar liquidaciones ineficientes, las autoridades de competencia deberán adoptar cambios procedimentales para garantizar un análisis más rápido de las concentraciones que involucren empresas en riesgo (OECD, 2020b, p. 4) [traducción libre].

En esa línea, en su documento titulado Control de Concentraciones en tiempos de COVID-19 (OECD, 2020a), la OECD concluyó que, si bien deben man-

tener un análisis riguroso de la aplicación de la EEC, las autoridades de competencia deberían considerar la posibilidad de implementar cambios procedimentales que aseguren una revisión apropiada y más rápida de los casos en los que se alega la EEC (OECD, 2020a, p. 14). Ello, en la medida en que el transcurso del tiempo es un factor importante en este tipo de operaciones, en las que el valor de la empresa en riesgo se deteriora rápidamente<sup>24</sup>.

En este contexto, la gran mayoría de las autoridades de competencia alrededor del mundo han aprobado medidas destinadas a adaptar el trámite de los procedimientos de control de concentraciones a esta situación de pandemia y crisis<sup>25</sup>. Entre estas, destacamos a la SCPM de Ecuador y la CMA del Reino Unido por las razones que desarrollamos a continuación.

En primer lugar, en Ecuador, mediante la Resolución SCPM-DS-2020-018 del 20 de abril de 2020, la SCPM resolvió incorporar el procedimiento abreviado de notificación obligatoria previa de operaciones de concentración económica, de tal manera que uno de los criterios que valorará la SCPM para la aplicación de este procedimiento será que la operación involucre empresas que estén en riesgo de quiebra, debiendo cumplir con los tres requisitos antes señalados. La aplicación de la EEC por parte de la SCPM es una novedad en el sistema de control de concentraciones de Ecuador, por lo que es interesante que haya decidido incorporarlo con ocasión de la situación actual de pandemia y además a través de un procedimiento abreviado (Rubio Puente, 2020, p. 1).

Por su parte, en el Reino Unido, el 22 de abril de 2020, la CMA publicó el documento titulado Análisis de concentración durante la pandemia del coronavirus (COVID-19) (CMA, 2020a) que adjunta el Anexo A, Resumen de la posición de la CMA en concentraciones que involucran empresas en riesgo (CMA, 2020b). En este anexo, la CMA inicialmente señaló que para evaluar los casos de EEC aplicaría sus tres requisitos previstos en sus Lineamientos de Análisis de Concentraciones<sup>26</sup> (CMA, 2020b) y que el COVID-19 no ha flexibiliza-

<sup>24</sup> La OECD se ha expresado en ese sentido:

There might also be an issue of timeliness. Failing firm arguments require scrutiny, which may require some time, while the decision might need to be taken urgently if the value of the firm in distress is expected to quickly deteriorate. The interaction of FFD with procedural mechanisms to mitigate such risks (see, for instance, derogations from the standstill obligation described below) should be considered (2020a, p. 9).

<sup>25</sup> Algunas de estas medidas están resumidas en el documento Competition Authority Merger Filing Status During COVID-19 del portal Morgan Lewis (2020).

<sup>26</sup> Estos son los siguientes:

Limb 1: Whether the firm would have exited (through failure or otherwise) absent the transaction; Limb 2: Whether there would have been an alternative purchaser for the firm or its assets; and Limb 3: What the impact of exit would be on competition compared to the competitive outcome that would arise from the acquisition (CMA, 2020b).

do los estándares de prueba, por lo que revisará con cuidado la evidencia relacionada con el posible impacto de esta pandemia en el escenario contrafactual (CMA, 2020b)<sup>27</sup>.

La particularidad en el caso de la CMA es que el 27 de abril de 2020 puso a disposición del público su informe con los hallazgos provisionales en la adquisición de Amazon de una participación minoritaria y ciertos derechos en Deliveroo, empresa de entrega de comida a domicilio (CMA, 2020f). En este informe, emitido durante la segunda fase del procedimiento, la CMA concluyó que la operación no generaría riesgos sustanciales para la competencia basándose en que, como resultado de la crisis del COVID-19, Deliveroo saldría del mercado a menos que recibiera el financiamiento adicional de Amazon. Asimismo, la CMA encontró que no había otro inversionista disponible y que, en ese sentido, la salida de Deliveroo sería más perjudicial para la competencia y para los consumidores que permitir la operación (CMA, 2020e, p. 2)<sup>28</sup>.

Si bien en su decisión final, como ya fue señalado, la CMA varió la posición de su informe y descartó la existencia de la EEC, este caso resulta importante para ilustrar de qué manera la crisis del COVID-19 puede llegar a influir en el análisis de la autoridad de competencia en operaciones en las que las partes alegan una EEC. Así, la investigación inició en octubre de 2019 y, en diciembre de 2019, la CMA anunció que consideraba que la operación

daba lugar a posibles riesgos sustanciales para la competencia como resultado de los efectos horizontales en la oferta de plataformas de comida en el Reino Unido (CMA, 2019), por lo que decidió continuar con la investigación en una segunda fase (CMA, 2020f).

Aquella segunda fase coincidió con la crisis del COVID-19 y, precisamente, en marzo de 2020, Deliveroo presentó una carta de su directorio a la CMA explicando que, como resultado de la crisis, posiblemente necesitarían empezar el trámite para un proceso de insolvencia, señalando que el escenario contrafactual de la operación significaba su salida del mercado (CMA, 2020f, p. 46)<sup>29</sup>. Como se puede observar en el informe, la CMA modificó sus conclusiones iniciales para luego manifestarse a favor de la operación.

Lo que podemos rescatar de esta operación es que la EEC fue alegada por las partes involucradas en la Fase II del procedimiento, puesto que la situación de la empresa se agravó debido a la crisis del COVID-19, es decir, un hecho sobreviniente a la investigación de la autoridad. Asimismo, lo resuelto en este caso podrá utilizarse como antecedente para futuros casos en los que las partes busquen generar convicción en la autoridad de competencia sobre la existencia de una EEC que de comprobarse podría justificar una decisión favorable a la operación<sup>30</sup>. En esa línea, conviene mencionar que en el caso *Amazon/Deliveroo*, las partes presentaron como evidencia actualizaciones financieras de

<sup>27</sup> La CMA ha expresado este razonamiento en la siguiente cita:

The Coronavirus (COVID-19) pandemic has not brought about any relaxation of the standards by which mergers are assessed or the CMA's investigational standards. [...] The CMA needs to ensure its decisions are based on evidence and not speculation, and will carefully consider the available evidence in relation to the possible impacts of Coronavirus (COVID-19) on competition in each case (CMA, 2020a).

Cabe señalar que, en noviembre de 2020, la CMA con el objeto de brindar a los administrados lineamientos actualizados basados en su jurisprudencia, emitió para comentarios un borrador en el que propone mantener únicamente dos requisitos: (i) Si es probable que la empresa salga del mercado (por ejemplo, a través de la bancarrota); y, (ii) si es que no habría alguna otra alternativa menos lesiva para la competencia como por ejemplo otro comprador de la empresa o sus activos (CMA, 2020c). Según esta agencia de competencia, la eliminación de su tercer requisito incluso se encuentra en línea con los criterios de aplicación de otras jurisdicciones (como Estados Unidos y la Unión Europea) en los que no se considera qué habría pasado con las ventas si la empresa salía del mercado.

<sup>28</sup> En el siguiente extracto apreciamos este sentido de la decisión de la CMA:

2. We have provisionally concluded that the Transaction would not be expected to result in an SLC [substantial lessening of competition] in either the market for online restaurant platforms or the market for online convenience groceries (OCG) on the basis that, as a result of the Coronavirus (COVID-19) crisis, Deliveroo is likely to exit the market unless it receives the additional funding available through the Transaction. We have provisionally found that no less anti-competitive investor was available. Finally, we have provisionally concluded that the loss of Deliveroo as a competitor would be more detrimental to competition and to consumers than permitting the Amazon investment to proceed and, therefore, the Transaction would not be expected to result in an SLC (CMA, 2020c, p. 2).

<sup>29</sup> La decisión de la CMA presenta este recuento de hechos de la siguiente manera:

On 20 March 2020, Deliveroo submitted a letter from its board of directors explaining that, as a result of the Coronavirus (COVID-19) crisis they were likely to need to start insolvency proceedings. On 26 March 2020, Deliveroo submitted that the impact of this crisis means that the relevant counterfactual is one in which Deliveroo would exit the market (CMA, 2020c, 46).

<sup>30</sup> Cabe señalar que, a la fecha de elaboración de este artículo, la CMA todavía no ha publicado su decisión final, puesto que hasta el 10 de julio de 2020 recibiría la opinión de terceros interesados sobre su reporte. Toda la información relativa al caso puede accederse a través del siguiente enlace: <https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-deliveroo-merger-inquiry>

Deliveroo, incluyendo la consultoría de asesores profesionales externos (CMA, 2020f, p. 46).

Adicionalmente, podemos mencionar otros dos casos que, al igual que el señalado, se han resuelto en este contexto de pandemia y podrán ser utilizados como referencia. El primero, ya mencionado en la sección anterior, es el caso *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada* (Chile), y el segundo es el caso *Jeju Air/Eastar Jet* (Corea del Sur).

La particularidad del caso *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada* en Chile es que la primera fase tuvo lugar antes de la crisis del COVID-19 (FNE, 2020b) y la segunda fase, una vez iniciada la crisis, situación que tuvo un impacto significativo en el caso. Así, en la primera fase, la FNE detectó que la operación podía generar riesgos sustanciales a la competencia, por lo que amplió su análisis a una segunda fase. Y fue durante esta última que las empresas presentaron la EEC, alegando que los problemas económicos de la empresa adquirida se habían profundizado con la crisis del COVID-19, lo que finalmente habría generado convicción en la FNE.

En este segundo caso, la operación consistió en la adquisición de la participación mayoritaria de Easter Jet, una aerolínea de bajo costo, por parte de Jeju Air, otra aerolínea de bajo costo. Al respecto, la autoridad de competencia de Corea del Sur (FTC)<sup>31</sup> concluyó que Easter Jet era una “compañía irrecuperable” y se le concedió una excepción a la restricción de la competencia al considerar que era preferible aprobar la operación para que los activos continúen siendo utilizados en el mercado a remover la aerolínea (Ji-hye, 2020)<sup>32 33</sup>.

Considerando lo anterior, es posible afirmar que, siguiendo la recomendación de la OECD (2020b), la tendencia en la materia ha sido que las autoridades de competencia no flexibilicen los requisitos para la configuración de una EEC, y que en

algunos casos han aprobado modificaciones procedimentales para agilizar el procedimiento de control de concentraciones en este tipo de operaciones. Asimismo, se observa que la crisis del COVID-19 que se vive actualmente puede significar un cambio de circunstancias o agravar la situación de una empresa, lo que podrá determinar que las partes involucradas aleguen la EEC en una etapa más avanzada de la investigación (Fase II) como ha ocurrido en los casos citados anteriormente de Chile y Reino Unido.

## B. Algunas propuestas para Perú

En Perú, la Ley 31112 no menciona expresamente la EEC como lo hizo inicialmente el DU 013 con la modificación del DL 1510, el cual se aprobó en el contexto de la crisis del COVID-19. No obstante, deja abierta esta posibilidad en tanto la lista de factores que el Indecopi tendrá en consideración en el procedimiento de control previo es enunciativa.

En esa línea, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 31112<sup>34</sup>, la Comisión se encuentra facultada para expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta aplicación de la referida norma (2021, art. 12).

Siendo ello así, siguiendo la tendencia de la experiencia comparada, consideramos que los lineamientos que emita la Comisión deberían incluir disposiciones sobre la aplicación de la EEC a efectos de brindar mayor predictibilidad a los administrados sobre en qué casos Indecopi podría admitirla en un procedimiento de notificación previa.

Estos lineamientos deberían incluir cuando menos (i) qué requisitos deben cumplirse para que la autoridad acepte esta excepción; (ii) qué medios probatorios podrían presentar las empresas a efectos de probar la configuración de la EEC, así como también; y, (iii) qué condiciones podrían ser propuestas por las empresas para conseguir la autorización.

<sup>31</sup> Por sus siglas en inglés: Fair Trade Commission.

<sup>32</sup> En ese sentido, citamos a Ji-hye:

As a result of the review, Eastar Jet was recognized as an “unrecoverable company” under the Fair Trade Act and was granted an exception to the restriction on competition.

From a competitive perspective, it was considered to be better to approve the tie-up to continue to use Easter Jet’s assets than to remove the airline, which is not possible to revive, the authorities said (2020).

<sup>33</sup> Corresponde precisar que, a fines de julio de este año, Jeju Air decidió no continuar con la operación (The Korean Times, 2020).

<sup>34</sup> Cuya redacción es la siguiente:

Artículo 12.- Comisión de Defensa de la Libre Competencia

12.2 Para efectos de la presente ley, son atribuciones de la Comisión las siguientes:

[...]

c. Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente ley. [...] (Ley 31112, 2021, art. 12).

Por tanto, como primer aspecto, es imprescindible que se desarrollen los tres requisitos para su configuración, precisándose, al igual que en el caso de otras autoridades de competencia, que estos dependerán de la evaluación en cada caso en concreto. Lo anterior podría permitir una mayor flexibilidad en la evaluación, considerando la novedad de esta figura en nuestro sistema y la poca experiencia comparada al respecto. Estos requisitos, en línea con lo recomendado por la OECD (2020a), pueden ser los siguientes: (i) en ausencia de la operación, la empresa en crisis saldría del mercado en el futuro cercano como resultado de sus dificultades financieras; (ii) no existe una transacción alternativa o reorganización empresarial que genere menores efectos anticompetitivos que la operación propuesta; y, (iii) en ausencia de la operación, los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado.

En esta línea, con respecto a en qué casos podemos señalar que una empresa se encuentra en crisis, consideramos que se pueden adoptar los criterios establecidos en el documento Merger Enforcement Guidelines (2011, pp. 47-48) de la autoridad de competencia de Canadá (CBC), la cual señala que esto ocurrirá cuando la empresa (i) está o es probable que sea insolvente; (ii) ha iniciado o es pasible de iniciar un procedimiento voluntario de bancarota; y, (iii) ha recibido o es probable que se solicite la quiebra o suspensión de pagos.

Incluso, a efectos de clarificar este concepto de empresa en crisis, en estas directrices, la CBC ha precisado el tipo de evidencia que las partes notificantes pueden presentar a la autoridad para generar convicción de que una empresa se encuentra en crisis. De este modo, se señalan como parte de la evidencia que se puede presentar: (i) los estados financieros más recientes y auditados; (ii) proyecciones de flujos de caja; (iii) si se ha requerido el pago de alguno de los préstamos de la empresa o se han denegado préstamos o adelantos de línea de crédito; (iv) si los proveedores han reducido o eliminado créditos comerciales; (v) si ha habido pérdidas operativas persistentes o una disminución grave en el patrimonio neto o en los activos de la empresa; y, (vi) si es poco probable que la empresa pueda reorganizarse con éxito de conformidad con la legislación de bancarota nacional o

extranjera o mediante acuerdo voluntario con sus acreedores, entre otros. Además, en estas directrices, se indica que la información financiera se considerará como objetiva si esta proviene de la evaluación de un tercero calificado.

Lo anterior es particularmente relevante, ya que, como se puede observar, el pronunciamiento de la agencia de competencia no se encuentra condicionado a la decisión de la autoridad concursal sobre el estado de la empresa según la legislación en la materia. En ese sentido, sugerimos precisar en los lineamientos de la Comisión que, aun cuando en el mismo Indecopi se tramiten procedimientos concursales, no es necesario que la Comisión de Libre Competencia espere algún pronunciamiento de parte la Comisión de Procedimientos Concursales o, de ser el caso, de la autoridad judicial correspondiente.

En esa línea, consideramos necesario que se indique en los lineamientos el horizonte temporal de la salida de una empresa en caso de no autorizarse la operación, para que se considere como 'empresa en crisis en un futuro próximo'. Para estos efectos, se puede seguir la línea de la jurisprudencia colombiana, en la cual la SIC ha establecido como horizonte temporal un plazo de un (1) año (Arboleada Suárez, 2019, p. 127).

Asimismo, es importante que los lineamientos señalen qué pasaría si la EEC es alegada por una subsidiaria de una empresa o grupo económico que se encuentre en una adecuada situación financiera. Este supuesto, por ejemplo, ha sido mencionado como un asunto 'abierto a discusión'<sup>35</sup> por parte de la OECD (2020a). Sobre el particular, la CBC en la guía Merger Enforcement Guidelines atiende este supuesto señalando que en estos casos se evalúa en particular los precios de transferencia en la empresa matriz, asignaciones de costos al interior del grupo empresarial, comisiones de administración, cargos en regalías, entre otros aspectos<sup>36</sup>.

En cuanto a la oportunidad para alegar la EEC en el procedimiento, coincidimos con la experiencia comparada desarrollada en la sección III.A, en tanto que pueda ser posible invocar la EEC en cualquier etapa del procedimiento de notificación. A manera de ejemplo, tenemos los casos ya mencionados de *Amazon/Deliveroo* en el Reino Unido

<sup>35</sup> La expresión proviene de la cita: "Open issues: [...] Is it appropriate to accept the FFD when the failing target company belongs to a financially healthy parent company?" (2020, p. 10).

<sup>36</sup> En ese sentido, la CBC ha expresado lo siguiente:

13.5 These considerations are equally applicable to failure-related claims concerning a division or a wholly-owned subsidiary of a larger enterprise. However, in assessing submissions relating to the failure of a division or subsidiary, particular attention is paid to transfer pricing within the larger enterprise, intra-corporate cost allocations, management fees, royalty fees, and other matters that may be relevant in this context. The value of such payments or charges is generally assessed in relation to the value of equivalent arm's-length transactions (CBC, 2011, p. 47).

y *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL* en Chile. Por tal motivo, consideramos oportuno clarificar esta posibilidad a los agentes económicos en los lineamientos, en tanto la situación financiera de la empresa podría agravarse habiéndose ya presentado la solicitud e incluso en la Fase II del procedimiento.

Otro aspecto que sugerimos incorporar en estos lineamientos de la Comisión es la posibilidad de que se establezcan condiciones en aquellos casos donde las partes notificantes planteen la EEC como escenario contrafactual, a fin de mitigar los reparos que pueda tener Indecopi respecto del impacto de la operación notificada en el mercado relevante y evitar así que se produzcan demoras en el procedimiento de notificación previa que puedan generar un mayor perjuicio para la empresa que se encuentra en crisis.

Al respecto, la Ley 31112 ya contempla en sus artículos 7 y 8 que las operaciones notificadas puedan ser autorizadas con condiciones<sup>37</sup> y que estas puedan basarse en los compromisos ofrecidos por las propias partes notificantes durante el procedimiento<sup>38</sup>. Por tanto, convendría revisar la experiencia comparada con el objeto de analizar la aplicación de condiciones en este tipo de casos.

Según la OECD (2009), el diseño e implementación de condiciones en casos de EEC puede tener

diversas utilidades para las autoridades de competencia. A manera de ejemplo, se menciona que en Irlanda la autoridad puede considerar condiciones para disipar las dudas de competencia en todos aquellos casos en que por alguna razón las partes no hayan podido identificar compradores alternativos menos lesivos para adquirir la empresa en crisis; es decir, en los que no se verifique el cumplimiento de una de las condiciones para confirmar la EEC<sup>39</sup>. Otro ejemplo mencionado es Israel, donde en algunos casos el establecimiento de medidas puede equiparar la situación de la competencia en un escenario posterior a la operación con uno anterior a la operación<sup>40</sup>.

En términos generales, en el documento de la OECD (2009) se señala que las autoridades de competencia tienen acceso a una serie de condiciones que pueden ser utilizadas para mitigar cualquier posible afectación a la competencia de una operación en la que se alega la EEC<sup>41</sup>. Asimismo, también existen autoridades de competencia que no ven el establecimiento de condiciones como una solución al problema, en la medida en que consideran que autorizar la consolidación de operaciones anticompetitivas en la economía puede causar daños irreparables<sup>42</sup>. En esa línea, según la OECD (2009), la autoridad de competencia no debe establecer condiciones desproporcionadas o innecesarias, lo que podría calificar como un error Tipo I; ni condiciones incapaces de restaurar la

<sup>37</sup> La redacción del artículo 7 de la Ley 31112 es la siguiente:

Artículo 7.- Análisis de la operación de concentración empresarial

7.4 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede realizar las siguientes acciones:

[...] b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 (2021).

<sup>38</sup> La redacción del artículo 8 de la Ley 31112 es la siguiente:

Artículo 8.- Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

8.1 Durante el desarrollo del procedimiento de control previo, los agentes económicos pueden presentar al órgano competente una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis. [...] (2021).

<sup>39</sup> La OECD expresa que: "For instance, if in a particular case, the Authority cannot afford to be selective in approving alternative buyers to the acquiring firm of the anti-competitive merger, the Authority may consider whether remedies are available to alleviate competition concerns" (2009, p. 117).

<sup>40</sup> En ese sentido, la OECD menciona que:

Nevertheless, according to the decision, when taking into account the third condition (which was just discussed), conditions/remedies may be imposed on a merger where only after fulfilling them is the equation balanced, i.e. only the imposition of conditions equalizes the post-merger competitive condition with the competitive state of affairs absent the merger (2009, p. 191).

<sup>41</sup> En su expresión original: "In seeking to achieve this more limited objective the enforcement agencies have access to a tool box of potential remedies which can be used to mitigate any particularly adverse consequences of an FFD merger" (OECD, 2009, p. 205).

<sup>42</sup> Como es el caso de Turquía:

At this point, one can claim that anti-competitive effects of those mergers and acquisitions authorized during the crisis may be prevented through ex post remedies after the crisis has passed. However, we believe that this is far from a real solution. This is because allowing anti-competitive consolidations within the economy may cause irreparable damages (OECD, 2009, p. 151).

competencia efectiva luego de la operación, que sería un error Tipo II<sup>43</sup>.

En la práctica, hemos identificado en el Reino Unido la adquisición de Euro Car Parts de los activos de Andrew Page (2018), ambas empresas dedicadas a la distribución de partes y componentes de carros a consumidores independientes, resuelto por la CMA. En el informe final de esta autoridad, se concluyó que era conveniente autorizar la operación con la condición estructural de que las partes desinvertieran en una serie de depósitos ubicados en las zonas en las que había identificado una disminución significativa de la competencia (CMA, 2017, p. 114). En este informe, la CMA concluyó que las condiciones estructurales eran preferibles a las conductuales, debido a que las consideraba más efectivas y que normalmente no requieren supervisión y fiscalización una vez implementadas<sup>44</sup>.

Otro caso es la adquisición de Air Canada de Canadian Airlines (1999), que la CBC, autoridad de competencia en Canadá, autorizó con una serie de condiciones conductuales y estructurales asociadas al trato con otros transportistas canadienses (entrega de espacios de llegada/salida en horas pico, participar en el programa de viajero frecuente de Air Canada, suscribir convenios, derecho preferente para la adquisición de aviones de Air Canada por un período de tres años), cambios en su programa de incentivos dirigido a agentes de viaje y desinversión (de puestos de venta de entradas, puertas de embarque y puentes de carga en determinados aeropuertos; y, en una subsidiaria de Canada Airlines) (Campbell & Halladay, 2002, pp. 26-27). Como se observa en este caso, las condiciones fueron en su mayoría conductuales. Inclusive, no se logró la desinversión de la subsidiaria de Air Canada, pues

no se presentaron ofertas por el precio aprobado por el valuador independiente<sup>45</sup>.

De los casos señalados, se puede advertir que en la práctica se han aplicado tanto condiciones conductuales como estructurales, cuya aplicación dependerá del impacto que tenga la operación notificada en la competencia. Para estos efectos, sugerimos que los lineamientos sobre la aplicación de la EEC establezcan algunos ejemplos de las condiciones que pueda aprobar Indecopi a iniciativa de parte o de la propia entidad.

Sobre esto último se puede utilizar como referencia la Guía de Análisis de Integraciones Empresariales (2019) de la SIC, autoridad de competencia de Colombia. Esta guía contiene una sección dedicada a los condicionamientos y lista los principales condicionamientos estructurales y de comportamiento. Consideramos que los lineamientos que se aprueben para el caso de la Ley 31112 deberían seguir este ejemplo, considerando que no se tiene en el Perú, como se señaló, mucha experiencia en el diseño y aplicación de condiciones.

Un último aspecto que sugerimos incluir en los lineamientos es la posibilidad de que Indecopi permita las llamadas medidas *hold separate* o de separación, con las cuales se permite concluir la operación durante el procedimiento de notificación previa sin que exista una integración de las partes involucradas en dicha operación, de tal manera que la empresa en crisis pueda recibir el capital que necesita para evitar su salida en el menor tiempo posible. Por ejemplo, trasladando los activos a un fideicomiso administrado por un tercero o encargando la administración de la empresa adquirida a un gestor independiente<sup>46</sup>. Según Elliot y Dinning, en un caso de EEC, el daño de no permitir la conclusión de la operación puede ser mayor que

<sup>43</sup> Esta idea originalmente formulada: "Competition agencies also make type I errors when they impose remedies that are unnecessary or disproportionate and type II errors when the remedies imposed on the parties are not capable of restoring effective competition post merger" (OECD, 2009, p. 42).

<sup>44</sup> Como lo ha expresado la CMA:

10.10 In merger inquiries, the CMA generally prefers structural remedies rather than behavioural remedies because: (a) structural remedies are likely to deal with a SLC and its resulting adverse effects directly and comprehensively at source in restoring rivalry; (b) behavioural remedies may not be effective and may create significant costly distortions in market outcomes; and (c) structural remedies do not normally require monitoring and enforcement once implemented (CMA, 2017, p. 109).

<sup>45</sup> Con mayor detalle, Campbell y Halladay señalan que:

The CRAL divestiture proved a failure. Under the terms of its undertakings to the Commissioner, Air Canada offered CRAL for sale for a 60-day period during which it was required to sell the airline "to the person who offers the highest price at or above the fair market value of CRAL". Air Canada never received an offer at or above fair market value (which was determined by an independent valuator) and the assets reverted back to Air Canada after the 60-day period expired. Thus, as with the Chapters/Indigo remedies discussed above, the behavioural provisions were the operative remedy (Campbell & Halladay, 2002, p. 27).

<sup>46</sup> Sobre este mecanismo, Elliot y Dinning apuntan que

While it is unlikely that the substance of the Bureau's failing firm analysis will change in any significant way, one procedural mechanism to address the time pressures surrounding the analysis would be to allow the transaction to close into a "hold separate" arrangement pending completion of the merger analysis. Hold separates have recei-

la posibilidad de quedarse sin alternativas para remediar los efectos de la operación (2009, p. 17).

Si bien no hemos identificado antecedentes de su aplicación en casos de EEC, hemos encontrado ciertos antecedentes en materia de control de concentraciones en los que se han aplicado estas medidas. Un ejemplo de ello se evidencia en lo ocurrido en el 2001 respecto de la adquisición de control conjunto de la empresa suprarregional de interconexión alemana ENBW por las empresas o entidades estatales Electricité de France (en adelante, EDF) de Francia y *Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke* (OEW) de Alemania (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001). En este caso, EDF se comprometió a renunciar al ejercicio de sus derechos de voto en su competidor *Compagnie Nationale du Rhône* (en adelante, CNR), a retirar a su representante del consejo de administración de esta empresa y a que un administrador fiduciario asuma la custodia de las acciones de EDF en CNR. Asimismo, EDF y OEW se comprometieron a que ENBW cedería su participación en un potencial competidor de EDF denominado WATT.

Este tipo de medidas no son ajenas al Indecopi, pues en el 2018 una empresa que notificó una operación de concentración transfirió temporalmente a un fideicomiso el control de las concesionarias eléctricas peruanas que eran objeto de la concentración, hasta que la operación fuera aprobada por el Indecopi (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, 2018)<sup>47</sup>. Considerando ello, la sugerencia es incluir en los lineamientos la consigna de que Indecopi pueda permitir la aplicación de medidas *hold separate* o de separación, así como mencionar algunos ejemplos.

Por último, el artículo 22 de la Ley 31112 reconoce la posibilidad de una notificación simplificada, en tanto establece que el reglamento “puede simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revisitan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia” (2021). Como se

observa, la forma en la que se ha redactado la notificación simplificada descarta que esta pueda ser aplicada en aquellos casos en los que se alegue la EEC que, como hemos visto, involucra operaciones en los que se han detectado posibles riesgos para la competencia. Siendo ello así, sugerimos que se modifique esta disposición, de tal manera que se regule la posibilidad de un procedimiento célere en este tipo de casos. Aquello, en la medida en que, como se ha mencionado, al involucrar a una empresa en crisis, la operación necesita con mayor urgencia la decisión de la autoridad de competencia, pues el paso del tiempo puede agravar su situación y acelerar su salida del mercado, lo cual podría ser más gravoso para este.

Esta recomendación no solamente va en la línea de lo que ha señalado la OECD en el contexto actual de la crisis del COVID-19 (OECD, 2020a, p. 9), sino también respecto a lo recomendado por este organismo en la crisis económica del 2008, respecto a la necesidad de que las autoridades de competencia evalúen la implementación de procedimientos simplificados para los casos de EEC (OECD, 2009, p. 13).

A mayor abundamiento, como dato adicional, es importante mencionar que, a nivel comparado, con la finalidad de no entorpecer las operaciones que no generan efectos adversos (distintos a la EEC), además de la notificación simplificada también existe la posibilidad de que, en el marco de un procedimiento de autorización, se permita que una operación no tenga que esperar a que la autoridad de competencia emita un pronunciamiento sobre la operación para poder concretarla, previo cumplimiento de determinados requisitos<sup>48</sup>. En general, estos requisitos son que (i) exista un serio riesgo respecto de la situación financiera de la empresa; y, (ii) la ausencia de efectos negativos por parte de la operación de concentración en la competencia (OECD, 2020a, p. 11). Esta alternativa, aunque poco usada, se encuentra prevista, por ejemplo, en la legislación de la Unión Europea, Alemania, España y Francia (Cuninghame *et. al*, 2020).

ved attention in merger review generally in recent years, although they may be particularly appropriate in the failing firm context – since they may provide a means for an immediate infusion of capital to avoid failure, while still preserving remedy options. For example, the Bureau could allow for the closing of the transaction into a trust arrangement (as is common in mergers requiring CRTC approval) pending completion of its review (Elliot & Dinning, 2009, p. 16).

<sup>47</sup> Solicitud de ISQ Fund I e ISQ Fund II para adquirir 100% de acciones de Inkia Americas Ltd, principal accionista de Inkia Americas Holdings Ltd, titular del 100% de acciones de IC Power Holdings (Kallpa) Ltd, quien a su vez es titular del 74.84% de las acciones de Kallpa Generación S.A. y Samay I S.A. Una vez adquirido el 100% de acciones de Inkia Americas Ltd, Inkia Americas Holdings Ltd cedió a un fideicomiso los derechos de votos de las acciones de IC Power Holdings (Kallpa) Ltd y nombró a tres directores independientes en esta última empresa. De aprobarse la operación, el fideicomiso retornaría a Inkia Americas Holdings Ltd los derechos de voto (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, 2018).

<sup>48</sup> El artículo 22 “Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo” del DU 013, establece que la ejecución de las operaciones de concentración empresarial se encuentra suspendidas hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo (Decreto de Urgencia 013, 2019, art. 22).

#### IV. CONCLUSIONES Y NUESTRAS PROPUESTAS

En este artículo, hemos abordado la doctrina de la EEC a propósito de su reconocimiento expreso en las últimas modificaciones que se realizaron al DU 013 y la posibilidad de que ésta sea aplicada en el marco de la Ley 31112. Como hemos visto, esta doctrina introduce en la evaluación de la agencia de competencia la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas que podría generar su salida del mercado a menos que se autorice la operación. En concreto, la EEC se trata de una excepción, porque supone la autorización de operaciones en las que se han detectado riesgos para la competencia.

A nivel comparado, son varios los países que han desarrollado la EEC en los lineamientos de sus respectivas agencias de competencia, aunque son pocos los casos en los que esta ha sido invocada y aplicada. En la práctica, la OECD ha detectado que las agencias suelen cometer errores Tipo I (prohibir operaciones que debieron ser autorizadas o son autorizadas con condiciones desproporcionadas) y Tipo II (autorizar operaciones que generan mayores perjuicios o con condiciones insuficientes), siendo los errores Tipo I los más comunes probablemente por la aversión al riesgo de los organismos estatales.

En el Perú, el hecho de que la EEC ya no se encuentre mencionada en la Ley 31112 no limita la posibilidad de que el Indecopi la considere en el análisis del procedimiento de notificación previa.

Siendo ello así, teniendo en cuenta la experiencia comparada, consideramos que los lineamientos que apruebe el Indecopi en materia de control de concentraciones deberían incluir disposiciones sobre la aplicación de la EEC. Al respecto, nuestras propuestas para estos lineamientos son las siguientes:

1. Adoptar los tres requisitos recomendados por la OECD para que se configure la EEC, en específico: (i) que, en ausencia de la operación, la empresa en crisis saldría del mercado en el futuro cercano como resultado de sus dificultades financieras; (ii) que no existe una transacción alternativa o reorganización empresarial que genere menores efectos anticompetitivos que la operación propuesta; y, (iii) que, en ausencia de la operación, los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado.
2. Desarrollar en qué caso nos encontramos ante una empresa en crisis. Para estos efectos, hemos mencionado el ejemplo de las directivas de la agencia de competencia de

Canadá: (i) cuando la empresa está en insolvencia o es probable que lo esté; (ii) cuando ha iniciado o es posible de iniciar un procedimiento voluntario de bancarrota; y, (iii) cuando ha recibido o es probable que se solicite la quiebra o suspensión de pagos.

3. Listar de manera enunciativa el tipo de evidencia que las partes notificantes pueden presentar para generar convicción en la autoridad de competencia de que se ha configurado la EEC. En este caso, nuevamente hacemos referencia a las directivas de la agencia de Canadá que señala como ejemplo: (i) los estados financieros más recientes y auditados; (ii) proyecciones de flujos de caja; (iii) si se ha requerido el pago de alguno de los préstamos de la empresa o se han denegado préstamos o adelantos de línea de crédito; (iv) si los proveedores han reducido o eliminado créditos comerciales; (v) si ha habido pérdidas operativas persistentes o una disminución grave en el patrimonio neto o en los activos de la empresa; y, (vi) si es poco probable que la empresa pueda reorganizarse con éxito de conformidad con la legislación de bancarrota nacional o extranjera o mediante acuerdo voluntario con sus acreedores, entre otros.
4. Señalar que la decisión de la Comisión del Indecopi no está condicionada a la decisión que puedan tomar las autoridades en materia concursal (como pueden ser la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o, de ser el caso, la autoridad judicial correspondiente), que puedan generar dilaciones mayores en el procedimiento.
5. Indicar el horizonte temporal de la salida de una empresa en caso de no autorizarse la operación para que se considere como **empresa en crisis en un futuro próximo**. Para estos efectos, hacemos referencia al periodo de un (1) año, el mismo que es señalado en las decisiones de la agencia de competencia colombiana.
6. Admitir que la EEC puede ser alegada en cualquier etapa del procedimiento, reconociendo la posibilidad de que la situación financiera de la empresa podría agravarse habiéndose ya presentado la solicitud e incluso en la Fase I del procedimiento. Este es un aspecto que ya ha sido desarrollado en casos recientes en el contexto de la crisis del COVID-19 como *Amazon/Deliveroo* en el Reino Unido y *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL* en Chile.



7. Precisar la posibilidad de que se establezcan condiciones en este tipo de casos con el objetivo de mitigar los reparos que pueda tener Indecopi respecto del impacto de la operación notificada en los mercados involucrados. Asimismo, evitar que se produzcan demoras en el procedimiento de notificación previa que puedan generar un mayor perjuicio para la empresa en crisis.
8. Reconocer la posibilidad de que Indecopi permita las llamadas medidas *hold separate* o de separación, con las cuales se permite concluir la operación durante el procedimiento de notificación previa sin que exista una integración de las partes involucradas en dicha operación, de tal manera que la empresa en crisis pueda recibir el capital que necesita para evitar su salida del mercado en el menor tiempo posible (por ejemplo, trasladando los activos a un fideicomiso administrado por un tercero o encargando la administración de la empresa adquirida a un gestor independiente. Este tipo de medidas se han visto en un caso reciente del Indecopi en el 2018, en el que se transfirió temporalmente a un fideicomiso el control de las concesionarias eléctricas peruanas que eran objeto de la concentración hasta que la operación fuera aprobada por el Indecopi.

Finalmente, proponemos que se modifique la Ley 31112 para que se permita que estas operaciones pasen por un procedimiento simplificado, de tal manera que la duración del procedimiento de notificación previa no agrave la situación de la empresa en crisis y acelere su salida del mercado. 📄

## REFERENCIAS

- Arboleda Suárez, C. (2019). La Excepción de Empresa en Crisis. Centro de Derecho de la Competencia. *Avances en Derecho de la Competencia*, (1), 109-130. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/01/la-excepciocc81n.pdf>
- Ayal A., & Rotem Y. (2019). The Failing Firm Defense – An – Equity – Based approach. *Journal of Competition Law and Economics*, 15(4), 468-499. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhz020>
- BBC News Mundo (2020). Coronavirus y economía: cómo fue la Gran Depresión con la que comparan el impacto económico de la pandemia. [Archivo de video]. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52504810>
- Campbell, N., & Halladay, C. (2002). The Use of Behavioural Remedies in Canadian Merger

Law. *Annual Fall Conference on Competition Law*. [https://www.mcmillan.ca/Files/The%20Use%20of%20Behavioural\\_Campbell\\_1002.pdf](https://www.mcmillan.ca/Files/The%20Use%20of%20Behavioural_Campbell_1002.pdf)

Centro Competencia UAI (2020). *COVID-19 y la excepción de empresa en crisis en procedimientos de fusiones*. [https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/05/CeCo\\_COVID-19-y-la-excepci%C3%B3n-de-empresa-en-crisis-en-procedimientos-de-fusiones.pdf](https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/05/CeCo_COVID-19-y-la-excepci%C3%B3n-de-empresa-en-crisis-en-procedimientos-de-fusiones.pdf)

Competition Bureau Canada (2011). *Merger Enforcement Guidelines*. [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html#s13\\_0](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html#s13_0)

Competition & Markets Authority [CMA] (2017). *Euro Car Parts and Andrew Page. A report on the completed acquisition by Euro Car Parts of the assets of the Andrew Page business*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59f87b5fe5274a5654e4e381/eurocar-parts-andrewpage-final-report.pdf>

(2020a). *Merger assessments during the Coronavirus (COVID-19) pandemic*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/880570/Merger\\_assessments\\_during\\_the\\_Coronavirus\\_COVID-19\\_pandemic\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/880570/Merger_assessments_during_the_Coronavirus_COVID-19_pandemic_.pdf)

Diario Gestión (enero de 2021). Economía de Perú se recupera más rápido que lo esperado, pero segunda ola del virus estropearía horizonte. *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/economia-de-peru-se-recupera-mas-rapido-que-lo-esperado-pero-segunda-ola-del-virus-estropearia-horizonte-noticia/>

Elliot, R., & Dinning, J. (2009). Failing Firm Analysis in Canadian Merger Review. *CBA*. [http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp09\\_Elliott\\_paper.pdf](http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp09_Elliott_paper.pdf)

Fiscalía Nacional Económica [FNE] (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

(2020a). *Informe de aprobación de la adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. Rol FNE F216-2019*. [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2\\_F216\\_2019.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2_F216_2019.pdf)

(2020b). FNE aprueba compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis.

- <https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-comprade-estacion-de-servicio-por-parte-de-copec-tras-tener-por-acreditada-la-excepcion-de-empresa-en-crisis/>
- Fondo Monetario Internacional (2021). *Informes de perspectivas de la Economía Mundial Enero de 2021*. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update>
- Gutermuth, A. (mayo de 2020). *New Antitrust Webinar Series*. Ponencia presentada en “#5 Failing Firm Defence: A new era for mergers?” de Concurrences, Nueva York, Estados Unidos.
- Gutiérrez Rodríguez, J. D. (2020). *Retos del COVID-19 para el derecho y la política de competencia en América Latina y el Caribe*. Capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA). <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/07/libro-retos-del-covid-19-para-el-derecho-y-la-politica-de-la-competencia-en-amc3a9rica-latina-y-el-caribe-ascola-2020-002.pdf>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (10 de abril de 2020). *El Indecopi autoriza adquisición de Luz Del Sur pero con condiciones*. <https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-autoriza-la-adquisicion-de-luz-del-sur-siempre-y-cuando-la-empresa-se-abastezca-de-energia-mediante-licitaciones-o-concursos-competitivos->
- Ji-hye, J. (23 de julio de 2020). Jeju Air abandons acquisition of Eastar Jet. *The Korea Times*. [https://www.koreatimes.co.kr/www/tech/2020/08/774\\_293299.html](https://www.koreatimes.co.kr/www/tech/2020/08/774_293299.html)
- Ji-hye, S. (23 de abril de 2020). Antitrust wachthdog approves Jeju Air-Eastar Jet merger. *Korean Herald*. <http://www.koreaherald.com/view.php?ud=20200423000209>
- Lahtinen, T., & Huizing, P. (20 de marzo de 2020). COVID-19 and the ‘failing firm’ defence in merger proceedings. *Kluwer Competition Law* [Entrada de Blog]. [http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/03/20/covid-19-and-the-failing-firm-defence-in-merger-proceedings/?doing\\_wp\\_cron=1592199587.4662189483642578125000](http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/03/20/covid-19-and-the-failing-firm-defence-in-merger-proceedings/?doing_wp_cron=1592199587.4662189483642578125000)
- Margison, C., & Resiler, J. (12 de mayo de 2020). Canada. Competition Bureau Provides Guidance on Failing Firm Analysis. *Mondaq*. <https://www.mondaq.com/canada/antitrust-eu-competition-/932172/competition-bureau-provides-guidance-on-failing-firm-analysis>
- Morgan Lewis (2020). *Competition Authority Merger Filing Status During Covid-19*. [https://www.morganlewis.com/-/media/files/publication/lawflashclient-alert/antitrust-lawflash/antitrust-lf\\_competition-authority-status-tracker.ashx?la=en&hash=48AC22F35DE89F3FEFE EEBEFBAE7A2ABFCE2433F&hash=48AC22F35DE89F3FEFE EEBEFBAE7A2ABFCE2433F](https://www.morganlewis.com/-/media/files/publication/lawflashclient-alert/antitrust-lawflash/antitrust-lf_competition-authority-status-tracker.ashx?la=en&hash=48AC22F35DE89F3FEFE EEBEFBAE7A2ABFCE2433F&hash=48AC22F35DE89F3FEFE EEBEFBAE7A2ABFCE2433F)
- Nzero, I. (2014). Interpretation and application of the failing firm doctrine in merger regulation in South Africa and the US: A comparative analysis. *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, (77), 440-467. <https://ssrn.com/abstract=2545293>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (2009). *Policy Roundtables: The Failing Firm Defence*. <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf>
- (2020a). *Merger control in the time of COVID-19*. <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf>
- (2020b). *COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*. <https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf>
- Pérez Molina, M. (2016). La excepción de empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea. *Revista de Derecho*, (20), 99-124. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5973557.pdf>
- Rubio Puente, A (2020). The Ecuadorian Competition Authority Publishes New Merger Review Procedure due to COVID-19 Crisis. *Concurrences*. <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/april-2020/the-ecuadorian-competition-authority-publishes-new-merger-review-procedure-due>
- Superintendencia de Industria y Comercio (2019). *Guía de Análisis de Integraciones Empresariales*. [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion\\_Compentencia/Integraciones\\_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales\\_agosto16\\_2019\\_%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Compentencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20(1).pdf)
- Villar Sánchez, P. (8 de enero de 2020). ¿Qué espera Moody’s para el crecimiento del Perú este

2020 en comparación con América Latina? *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/peru/que-espera-moodys-para-el-crecimiento-del-peru-este-2020-en-comparacion-con-america-latina-noticia/>

U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines. del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América y la Comisión Federal de Comercio, (11). [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/804291/100819hmg.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804291/100819hmg.pdf)

Woolich, A., Hardaker G., Yau, H-L., Adams, S., Brown C., Roussou, E., Burling F., & Kelly, J. (2017). The failing firm defence: when failure is the opportunity. *Lexology*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02068a2a-3ecc-45a8-9f31-6e62f70456f6#:~:text=In%20such%20situations%20the%20merging,at%20the%20earliest%20possible%20opportunity.>

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Caso IV/M.053, Aerospatale-Alenia/de Havilland, OJ 1991, L334/42.

Caso COMP/M.6796 – Aegean/Olympic II.

Citizen Publishing Co. c. United States, 394 U.S. 131 (1969).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2017/CLC-CONC (Perú)

Competition and Markets Authority & Office of Fair Trading (2010). *Merger Assessment Guidelines*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284449/OFT1254.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf)

Competition and Markets Authority [CMA] (2019). *Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Summary of the CMA's decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5defd083ed915d15f052f549/Summary\\_of\\_decision\\_-\\_web\\_version\\_-----\\_pdf.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5defd083ed915d15f052f549/Summary_of_decision_-_web_version_-----_pdf.pdf)

(2020a) *Merger assessments during the coronavirus (COVID-19) pandemic*. <https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic>

(2020b) *Annex A: Summary of CMA's position on mergers involving 'failing firms'*. <https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/annex-a-summary-of-cmas-position-on-mergers-involving-failing-firms>

(2020c) *Merger Assessment Guidelines*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/935593/Revised\\_MAGs\\_Nov\\_2020.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/935593/Revised_MAGs_Nov_2020.pdf)

(2020d) *Draft revised Merger Assessment Guidelines Consultation document*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/935598/Consultation\\_Document\\_-\\_pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/935598/Consultation_Document_-_pdf)

(2020e). *Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e3164f6ed915d091ad1ca08/CMA\\_Phase\\_1\\_Decision\\_FINAL\\_NON-CONFIDENTIAL\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e3164f6ed915d091ad1ca08/CMA_Phase_1_Decision_FINAL_NON-CONFIDENTIAL_.pdf)

(2020f). *Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Provisional findings report*. [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ea6e697e90e0704930d8a97/PFs\\_Report\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ea6e697e90e0704930d8a97/PFs_Report_.pdf)

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 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).

Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de octubre de 1998 (Perú).

Ley 26876. Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de noviembre de 1997 (Perú).

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

International Shoe c. FTC, 280 U.S. 291 (1930).

Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 20 de abril de 2020, Resolución SCPM-DS-2020-018 (Ecu.)

Unión Europea (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el*

*control de las concentraciones entre empresas.*  
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=ES)

US c. Blue Bell Inc., 395 F Supp 583 (MD Tenn 1975).

US c. Reed Roller Bit Co., 274 F Supp. 573 579 (1967).