



**Conferencia de las Naciones Unidas
sobre Comercio y Desarrollo**

Distr. limitada
30 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

**Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de
examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y
Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para
el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas**

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

**Ley tipo de defensa de la competencia (2010) –
Capítulo VI**

Ley tipo de defensa de la competencia (2010) – Capítulo VI

Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.

Comentarios al capítulo VI y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

Introducción

1. Las fusiones y adquisiciones son hoy en día parte integral de la actividad económica. Desde el punto de vista económico, se pueden distinguir diversos tipos de fusiones de acuerdo con su motivación.
2. Las causas de las fusiones industriales son, entre otras: la expansión geográfica; la diversificación de las actividades de una empresa o de su cartera de productos y servicios; la consolidación de su posición en el mercado, y el logro de una mayor eficiencia de la producción mediante economías de escala y de alcance, que permitan a una empresa producir bienes a un menor costo marginal, funcionando al mismo tiempo a la escala mínima de producción que resulte eficiente. Las fusiones pueden tener como resultado un mejor acceso de las empresas al capital, el aumento de las capacidades de investigación y desarrollo, y un mejor uso de los conocimientos de gestión. Además, las fusiones ofrecen una vía de salida de un determinado mercado, ya sea porque la empresa no está obteniendo buenos resultados económicos o porque desea reestructurar sus actividades.
3. Por otra parte, las fusiones y adquisiciones pueden llevarse a cabo simplemente con fines de inversión. En particular, los fondos de capital privado y los bancos de inversión adquieren compañías con el objetivo de aumentar los ingresos de los accionistas en el corto plazo y vender con ganancia la compañía o una parte de ella en el mediano plazo.
4. La mayoría de las fusiones no ponen trabas a la competencia en un mercado. Sin embargo, algunas de ellas pueden alterar la estructura del mercado de un modo que suscite inquietud con respecto a la libre competencia. La entidad fusionada puede gozar de mayor poder de mercado y tener una competencia limitada, de tal manera que estará en condiciones de restringir la producción y subir los precios. El control de las fusiones tiene por objeto responder a las inquietudes que plantean tales fusiones en relación con la libre competencia, evitando la creación, mediante adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas que tengan el incentivo y la capacidad para ejercer poder de mercado.
5. Si bien la mayoría de los regímenes relativos a la competencia que existen en el mundo prevén normas de control de las fusiones, el contenido y el cumplimiento forzoso de esas normas varían de una jurisdicción a otra. Las diferencias de tratamiento de las fusiones en las distintas legislaciones relativas a la competencia tienen que ver, entre otras cosas, con:

- Las disposiciones legales y la política de cumplimiento forzoso relacionadas con los distintos tipos de fusiones;
- Los factores estructurales y de comportamiento considerados y su importancia relativa, incluida la cuota de mercado y/o los volúmenes de negocios que dan lugar a que las autoridades de defensa de la competencia analicen la situación, y los criterios de incompatibilidad con la libre competencia que deben cumplirse antes de que se pueda en principio prohibir una determinada organización;
- El tratamiento de las mejoras de eficiencia y de los criterios no relacionados con la competencia;
- El alcance y la estructura de las excepciones; y
- Las disposiciones de procedimiento, como la notificación voluntaria u obligatoria en el caso de las fusiones de empresas que cumplen determinados requisitos de volumen de negocios o cuota de mercado, o las posibilidades *ex post facto* de tomar medidas en contra de las fusiones, y las medidas correctivas o sanciones.

6. No obstante, en términos generales, las similitudes entre la mayoría de los regímenes relativos a la competencia en lo que respecta al tratamiento de las fusiones son más importantes que las diferencias. En los últimos años, varios países han aprobado disposiciones separadas en su legislación sobre la competencia para reglamentar las fusiones, y como parte de esa tendencia general a aprobar leyes sobre la competencia o a modificar las leyes vigentes en la materia, muchos países han adoptado mecanismos de control, o han reformado los controles existentes, con arreglo a las mismas pautas generales.

Terminología

7. Un elemento esencial de la legislación de control de las fusiones es la definición de las transacciones que estarán sujetas al control de las autoridades de defensa de la competencia. La idea subyacente es abarcar todas las transacciones que transforman a agentes del mercado anteriormente independientes en un solo agente, alterando así la estructura de un mercado, posiblemente en detrimento de la competencia. Sin embargo, la terminología utilizada para definir las transacciones sometidas a los mecanismos de control de las fusiones varía considerablemente de una jurisdicción a otra. En esta sección se pasa revista brevemente a las diversas definiciones de transacciones notificables y el potencial perjuicio que pueden causar a la competencia.

Concentración

8. El término concentración puede usarse para describir la adquisición del control sobre otra empresa mediante una actividad de fusión y adquisición o de algún otro modo. Puede por lo tanto utilizarse indistintamente en lugar del término "fusión", que se describe más abajo. La palabra concentración puede usarse también para describir el número de agentes en un determinado mercado. Básicamente, un alto grado de concentración en un mercado indica que hay pocos agentes en él, mientras que un bajo nivel de concentración indica que hay numerosos agentes en ese mercado. La "doctrina de la concentración del mercado" se utiliza ampliamente como indicador del poder de mercado de un sector económico. En general se considera que un grado de concentración relativamente alto, combinado con fuertes barreras para la entrada, facilita la colusión o el dominio de un determinado sector económico y crea las condiciones óptimas para que los agentes del mercado ejerzan poder en éste¹.

¹ Espen Eckbo B. (1985). Mergers and the market concentration doctrine: Evidence from the capital market. *Journal of Business* 58: 325-349.

Fusión

9. De acuerdo con el derecho de las sociedades, la fusión se define generalmente como la unión de dos o más empresas hasta ese momento independientes, de cuyas resultas una o varias de ellas pierden su identidad y se crea una empresa única. La expresión "fusión" en el derecho de la competencia suele ser más amplia que su significado empresarial, y puede incluir una adquisición o absorción, una empresa conjunta o incluso otros modos de adquisición de control, tales como la vinculación por medio de consejeros comunes (véase *infra*).

Adquisición/absorción

10. La adquisición o absorción de una empresa por otra generalmente entraña la compra de la totalidad o la mayoría de las acciones de una sociedad, o incluso una participación minoritaria, siempre y cuando sea suficiente para que la sociedad adquirente ejerza control y una influencia considerable. En algunos países, la adquisición de un volumen importante de los activos de otra sociedad también se considera una transacción notificable, si permite que el adquirente asuma la posición respectiva del vendedor en el mercado. La adquisición de un lugar de producción o de otra unidad funcional de otra sociedad puede servir de ejemplo a este respecto. Las adquisiciones pueden llevarse a cabo sin el consentimiento de la empresa que se adquiere. Esto se conoce con el nombre de adquisición o absorción "hostil".

11. Como ya se mencionó, las empresas conjuntas y la vinculación por medio de consejeros comunes suelen incluirse en la definición de fusión a los efectos del control de las fusiones.

Empresas conjuntas

12. Las empresas conjuntas o empresas en participación son "convenios entre empresas para llevar a cabo una determinada actividad conjunta, a menudo mediante la creación de una filial de propiedad conjunta y control compartido, con el propósito de realizar una tarea que sea útil para ambas o de aprovechar las sinergias resultantes de las aportaciones de las empresas matrices"². Estas empresas pueden producir "insumos de necesidad común, fabricar productos producidos en conjunto o combinar conocimientos especializados con fines de investigación y desarrollo". Las alianzas son una forma de empresa conjunta, utilizadas por firmas de diferentes mercados geográficos para llevar a cabo proyectos conjuntos y que les permiten la mutua penetración en el mercado de cada uno de los socios. Las alianzas suelen ser la estructura preferida de las fusiones en los sectores de la aviación comercial y las telecomunicaciones³.

13. Si la colaboración crea una nueva función o un nuevo negocio, o cumple mejor una función preexistente, entonces tiene normalmente efectos favorables para la competencia. En cambio, cuando la empresa conjunta sirve para crear poder de mercado o acrecentarlo, o abarca convenios auxiliares excesivamente restrictivos, o es un medio innecesario para lograr los objetivos deseados (es decir, cuando se dispone de un medio menos perjudicial para la competencia), surgen inquietudes con respecto a la libre competencia. En circunstancias como esas, una empresa conjunta puede perjudicar a la competencia e incluso utilizarse para ocultar actividades colusorias como la fijación de precios o el reparto del mercado⁴. Por ejemplo, sería el caso en que los vínculos comunes de las dos sociedades matrices que integran la empresa conjunta llevan a la colusión fuera del ámbito de la

² Fox E. (2008). Capítulo 14: Derecho de la competencia. En: Lowenfeld A. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford University Press: 445.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

empresa conjunta ("efectos indirectos")⁵. También puede haber una reducción de la competencia real o potencial o una exclusión del mercado. Según cual sea el grado de integración entre las dos empresas, una empresa conjunta puede considerarse una fusión o simplemente un convenio entre competidores.

Vinculación por medio de consejeros comunes

14. La vinculación mediante consejeros comunes se produce cuando una persona es miembro de los consejos de administración de dos o más empresas, o cuando representantes de dos o más empresas forman parte del consejo de administración de otra empresa.

15. En este caso, la preocupación que se plantea con respecto a la libre competencia se debe a la posibilidad de que la vinculación mediante consejeros comunes pueda dar lugar a un control administrativo a cuyo tenor las decisiones sobre inversión y producción se traduzcan en realidad en la formulación de estrategias comunes entre empresas que de lo contrario serían competidoras, en materia de precios, reparto de mercados y otras actividades concertadas. La vinculación mediante consejeros comunes en el plano vertical puede dar lugar a la integración vertical de actividades entre, por ejemplo, proveedores y clientes, desalentar su expansión en esferas competitivas y conducir a acuerdos recíprocos entre ellos.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes - definición de fusión

Región/país

Brasil	La reglamentación brasileña sobre fusiones abarca todas las fusiones, adquisiciones y asociaciones (incluidas las empresas conjuntas), siempre y cuando lleguen a los umbrales establecidos y tengan determinados efectos definidos en el mercado del Brasil (véase el párrafo 3 del artículo 54 de la Ley N° 8884 de 1994, de defensa de la competencia).
China	En China, la definición de "fusiones y adquisiciones" es muy amplia, y pone el énfasis en los efectos del control. Conforme al artículo 20 de la Ley antitrust de la República Popular de China, la definición de "fusiones y adquisiciones" incluye la fusión de empresas comerciales o la adquisición de activos o participaciones en el capital o el ejercicio de una influencia decisiva en otras empresas comerciales mediante contrato o por cualquier otro medio.
Estados Unidos	Las normas sobre fusiones de los Estados Unidos abarcan las adquisiciones de activos o de títulos con derecho a voto. Dichas adquisiciones pueden incluir la adquisición de una participación mayoritaria o minoritaria, empresas conjuntas, fusiones o cualquier otra transacción que entrañe la adquisición de activos o de títulos con derecho a voto (véase la Ley Hart-Scott-Rodino de 1976, de perfeccionamiento de la reglamentación antitrust (Ley HSR)).
Sudáfrica	En la cláusula 12 del capítulo 3 de la Ley N° 89 sobre la competencia (1998), la "fusión" se define como cualquier transacción que implique la adquisición directa o indirecta, o el establecimiento del control por una o más personas, de la totalidad o una parte de los negocios de otra empresa, ya sea

⁵ Jones y otros (2007). *EC Competition Law*. Segunda edición. Oxford University Press: 1094.

Región/país

	que ese control se obtenga como resultado de la compra o el arrendamiento de acciones, participaciones o activos, mediante fusión o por cualquier otro medio.
Unión Europea	<p>Las concentraciones comprendidas en el Reglamento comunitario de concentraciones⁶ incluyen cualquier fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o la adquisición del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de otra empresa, que traiga aparejado un cambio duradero en la estructura de la empresa en cuestión.</p> <p>Esto abarca a todas las empresas en participación plenamente funcionales que lleguen a un volumen de negocios establecido. Quedan incluidas las empresas en participación que, desempeñando todas las funciones de una entidad económica autónoma, tengan como resultado un cambio permanente en la estructura del mercado, con independencia de que se produzca o no una coordinación del comportamiento competitivo de las empresas matrices (véase el artículo 3 del Reglamento comunitario de concentraciones).</p>

16. Desde una perspectiva económica, una fusión puede ser horizontal, vertical o heterogénea.

Fusiones horizontales

17. Son fusiones horizontales las que tienen lugar entre competidores reales o potenciales con respecto al mismo producto, a los mismos mercados geográficos y en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución. Dichas fusiones suscitan inquietudes en lo que atañe a la libre competencia porque pueden dar lugar a la reducción del número de rivales en el mercado, aumentando así la concentración en el mercado. Además, como consecuencia de la fusión horizontal, la entidad fusionada suele obtener una mayor cuota de mercado mediante agregación.

18. Esta combinación puede ser problemática por dos razones. En primer lugar, debido a su mayor cuota combinada de mercado y al menor número de competidores en el mercado, la empresa fusionada puede haber adquirido "poder de mercado", lo que le permitirá subir unilateralmente los precios y restringir los productos (efectos unilaterales). En segundo lugar, el consiguiente aumento de la concentración en el mercado hace que sea más fácil para los agentes coordinar y ejercer un "poder conjunto de mercado", actuando de manera interdependiente (efectos coordinados)⁷.

19. Las fusiones horizontales, más que otras formas de fusiones, pueden suscitar una grave preocupación en lo que atañe a la libre competencia y tienen la posibilidad de contribuir más directamente a la concentración del poder económico y dar lugar a una posición dominante en el mercado o a colusiones ilícitas.

⁶ Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Diario Oficial de la Comunidad Europea L.24/1, de 29 de enero de 2004).

⁷ Whish (2009). *Competition Law*. Sexta edición. Oxford University Press: 779-800.

Fusiones verticales

20. Son fusiones verticales las que se producen cuando se fusionan empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución (por ejemplo, una fusión entre un proveedor y un distribuidor). Por lo general, las fusiones verticales generan menos preocupación con respecto a la libre competencia que las fusiones horizontales, e incluso pueden llegar a ser beneficiosas si los ahorros resultantes de las sinergias y la mayor eficiencia se transfieren a los consumidores mediante la reducción de los precios. No obstante, las fusiones verticales pueden suscitar inquietudes cuando dan lugar a la exclusión; es decir, cuando la entidad fusionada tiene la capacidad de controlar la cadena de producción y distribución, con la posibilidad de forzar a los competidores existentes a abandonar el mercado, o de crear o aumentar las barreras para la entrada de nuevos competidores en uno o más niveles funcionales. Además, las fusiones verticales pueden facilitar la coordinación entre las empresas competidoras si, por ejemplo, la fusión da lugar a una mayor transparencia en los precios⁸.

Fusiones heterogéneas

21. La expresión fusiones heterogéneas se refiere a las fusiones entre partes que participan en mercados y actividades totalmente diferentes. Por lo general suscitan poca preocupación en lo que respecta a la libre competencia, ya que no afectan a la estructura de la competencia en un determinado mercado ni la modifican. Sin embargo, en algunas circunstancias, las fusiones heterogéneas pueden otorgar poder de mercado a la entidad fusionada, permitiéndole excluir competidores de mercados separados pero conexos.

Obligaciones de notificación

22. La notificación de las fusiones permite a las autoridades de defensa de la competencia enterarse de las fusiones y facilita la aplicación de los controles pertinentes. Las obligaciones de notificación de las fusiones varían entre los distintos regímenes jurídicos sobre la competencia. Los diversos regímenes pueden agruparse en tres categorías amplias:

- Los que exigen que la notificación se haga antes de que se perfeccione una transacción de fusión (regímenes "obligatorios *ex ante*");
- Los que autorizan a las partes que se fusionan a notificar a las autoridades después de consumada la fusión (regímenes "obligatorios *ex post*"); y
- Los que dejan la notificación enteramente a discreción de las partes que se fusionan (regímenes "voluntarios").

23. Muchos regímenes voluntarios alientan a las partes en la fusión a realizar consultas officiosas y a notificar las fusiones, para reducir el riesgo de que se ejecuten fusiones anticompetitivas y evitar la necesidad de que la autoridad competente tome medidas costosas. Sin embargo, con independencia de que los requisitos de notificación sean voluntarios u obligatorios, las autoridades de defensa de la competencia tienen generalmente la potestad de investigar cualquier fusión potencialmente anticompetitiva que se haya consumado sin el visto bueno de las autoridades, y con frecuencia tienen la posibilidad de adoptar medidas correctivas o de recurrir ante un tribunal para minimizar o contrarrestar los efectos anticompetitivos que puedan derivarse de esas fusiones.

24. En aras de la eficiencia de los procedimientos y para reducir al mínimo los gastos administrativos, prácticamente todos los regímenes jurídicos sobre la competencia limitan

⁸ *Ibid.*

la obligación de notificar a las transacciones de una determinada magnitud económica que puedan potencialmente suscitar preocupación con respecto a la libre competencia. Este objetivo se logra estableciendo umbrales para la notificación, relacionados con el valor de los activos y/o con el volumen de negocios de las partes que se fusionan, su ubicación geográfica y la cuota combinada de mercado de las partes en los mercados pertinentes. Solamente cuando la transacción propuesta alcanza los umbrales de notificación respectivos, nace la obligación de notificar.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – umbrales legales

Región/país

Regímenes voluntarios de control de las fusiones

Australia	<p>El artículo 50 de la Ley de prácticas comerciales de 1974 prohíbe a las sociedades anónimas adquirir directa o indirectamente acciones o activos, si al hacerlo reducen sustancialmente la competencia en un mercado importante de Australia.</p> <p>Si bien la notificación es voluntaria, las directrices de la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia (ACCC) indican que la Comisión espera ser notificada de las fusiones con amplia anticipación cuando los productos o servicios de las partes fusionadas son sucedáneos o complementarios entre sí, y la empresa fusionada pasa a tener, después de la fusión, una cuota de mercado superior al 20% (Directrices sobre fusiones de la ACCC de 2008).</p>
Reino Unido	<p>Los umbrales legales se basan en el cumplimiento de determinados criterios relacionados con el volumen de negocios o la proporción de la oferta.</p> <p>Según el criterio del volumen de negocios, se llega al umbral cuando la empresa en cuestión tiene en el Reino Unido un volumen de negocios de más de 70 millones de libras esterlinas (criterio que permite abarcar a la mayoría de las adquisiciones importantes).</p> <p>De acuerdo con el criterio de la proporción de la oferta, se llega al umbral cuando ambas partes operan en un determinado segmento del mercado y su cuota combinada de ese segmento es superior al 25%.</p>

Regímenes obligatorios de control de las fusiones

Estados Unidos	<p>De conformidad con el artículo 18a del capítulo I de la Ley HSR, se exige la notificación cuando se cumplen las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El criterio del "<i>comercio</i>": <p style="margin-left: 20px;">La parte adquirente o la parte adquirida participan en el comercio estadounidense o en cualquier actividad que afecte al comercio de los Estados Unidos;</p> • El criterio de la "<i>magnitud de la transacción</i>": <p style="margin-left: 20px;">El monto representado por los títulos con derecho a voto o los activos que tendrá la entidad como resultado de la adquisición llega a una determinada cifra en dólares (umbral que se reajusta anualmente y que en 2010 asciende a 65,2 millones de dólares);</p>
----------------	--

Región/país

- El criterio de la "*dimensión de las partes*":

El criterio de la dimensión de las partes se aplica únicamente a las transacciones cuyo valor no supere los 262,7 millones de dólares (monto que se reajusta anualmente). El criterio se cumple cuando una de las partes tiene un volumen de ventas o activos a escala mundial de 13 millones de dólares o más (de acuerdo con el reajuste anual) y la otra parte tiene un volumen de ventas o activos a escala mundial de 130,3 millones de dólares o más (según el reajuste anual); y – No se aplicarán excepciones: cuando la fusión no encuadre dentro de ninguna de las excepciones previstas en la Ley HSR, por ejemplo la adquisición de títulos sin derecho a voto.

Sudáfrica

Por lo general, los requisitos de notificación se aplican solamente a las fusiones intermedias y a las de gran magnitud. Los umbrales aplicables a las fusiones intermedias y de gran magnitud varían, pero se evalúan anualmente. Los umbrales tienen en cuenta el volumen de negocios y los activos de las partes que se fusionan.

Suecia

Una concentración debe notificarse al organismo sueco de defensa de la competencia cuando:

a) El volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas realizado en el ejercicio económico anterior supera los 1.000 millones de coronas suecas; y

b) El volumen de negocios realizado en Suecia en el ejercicio económico anterior por al menos dos de las empresas afectadas supera los 200 millones de coronas suecas respecto de cada empresa.

Cabe señalar en particular que los umbrales que se tienen en cuenta en Suecia a los efectos del control de las fusiones se aplican únicamente al volumen de negocios realizados por las empresas en Suecia (lo que denota un fuerte vínculo local).

Unión Europea

El Reglamento comunitario de concentraciones exige que se notifiquen todas las concentraciones que tengan dimensión comunitaria. La dimensión comunitaria se determina en función del volumen de negocios, de acuerdo con los criterios siguientes:

- El volumen de negocios total a escala mundial del conjunto de las partes supera los 5.000 millones de euros, y
- El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las partes supera los 250 millones de euros,
- Salvo que cada una de las partes realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

Véase el artículo 1 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo.

Análisis del régimen de control de las fusiones

25. También en este aspecto hay grandes diferencias a nivel mundial entre las distintas jurisdicciones en lo que respecta a evaluar la legalidad de las fusiones. Generalmente se

aplica alguno de los criterios siguientes para determinar las consecuencias que probablemente se derivarán de una fusión:

- ¿Se reducirá considerablemente la competencia en un determinado mercado?
- ¿La fusión tendrá como resultado la creación o el fortalecimiento de una posición dominante? (el alza de los precios para el consumidor o la disminución de la producción son los indicios más comunes de estos efectos)
- ¿Se impedirá, distorsionará o reducirá la competencia?

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – criterios de evaluación sustantivos

Región/país

Brasil	<p>La legislación brasileña sobre fusiones tiene en cuenta tanto la posición dominante como la disminución o la restricción de la competencia.</p> <p>Las autoridades de defensa de la competencia han adoptado una guía aplicable a los actos de concentración horizontal en la que se establece que no se considerará que una fusión es perjudicial para la competencia cuando:</p> <p>i) No confiere el control sobre una parte sustancial del mercado respectivo;</p> <p>ii) Confiere el control sobre una parte sustancial del mercado respectivo, pero es improbable que se ejerza poder de mercado en virtud de otros factores estructurales (por ejemplo, pocas barreras para la entrada);</p> <p>iii) Confiere control sobre una parte sustancial del mercado respectivo y es probable que se ejerza poder de mercado, pero esos efectos negativos no son superiores a los beneficios generados en términos de bienestar por la eficiencia resultante de la transacción.</p> <p>El criterio de evaluación sustantiva exige que exista un nexo causal entre la transacción y el control de una parte sustancial del mercado respectivo, o las condiciones necesarias para ejercer poder de mercado; de lo contrario, la fusión debe ser aprobada (véase la Guía conjunta 50/2001 de la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (SDE) y la Secretaría de Seguimiento Económico (SEAE) del Ministerio de Hacienda).</p>
China	<p>La Ley antitrust prohíbe las fusiones que tengan o puedan tener el efecto de eliminar o restringir la competencia, a menos que las partes puedan demostrar que la concentración es susceptible de mejorar las condiciones para la competencia y que los efectos positivos resultantes de la fusión en lo que respecta a la competencia superan cualquier efecto negativo. El Ministerio de Comercio de China también puede autorizar fusiones por determinados motivos de interés público.</p> <p>El Ministerio de Comercio de China tiene en cuenta los siguientes factores cuando evalúa una fusión:</p>

Región/país

<i>Región/país</i>	
	<ul style="list-style-type: none"> • La cuota de mercado de las partes que se fusionan y su capacidad de controlar el mercado; • El grado de concentración en el mercado de que se trate; • El efecto probable de la fusión en el acceso al mercado y el desarrollo tecnológico; • El efecto probable de la fusión en los consumidores y otros agentes del mercado; • El efecto probable de la fusión en el desarrollo de la economía nacional; y • Otros factores que afecten a la competencia y que el Ministerio de Comercio de China considere pertinentes.
Estados Unidos	<p>La Ley Clayton (1914) prohíbe las adquisiciones que puedan redundar en una reducción sustancial de la competencia o en la creación de un monopolio.</p> <p>En diversas directrices sobre fusiones publicadas por los organismos de defensa de la competencia también se ha indicado que no deben permitirse las fusiones que generen poder de mercado, lo fortalezcan o faciliten su ejercicio.</p> <p>El "poder de mercado" se define como la posibilidad que tiene un vendedor de "mantener los precios... con ganancia... por encima de los niveles competitivos durante un período de tiempo considerable" (véase el comentario conjunto sobre las directrices de la fusión horizontal (2006), publicado en http://www.ftc.gov/os/2006/03/CommentaryontheHorizontalMergerGuidelinesMarch2006.pdf.)</p>
Unión Europea	<p>El Reglamento comunitario de concentraciones prohíbe las fusiones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante (véase el artículo 2 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo).</p>
Zambia	<p>El criterio de evaluación sustantivo que se aplica para aprobar una fusión es el criterio de reducción sustancial de la competencia, que exige que las autoridades determinen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si la fusión propuesta tendrá como resultado el dominio o la adquisición de poder de mercado; • Si la fusión propuesta redundará en una exclusión de los mercados afectados; • Si existen o no importaciones paralelas; y • Si existe un poder compensatorio de los consumidores.

Región/país

El criterio de la reducción sustancial de la competencia se aplica con sujeción a consideraciones de interés público como la creación de empleo y el empoderamiento de la población de Zambia. También se tienen en cuenta las posibles mejoras de la eficiencia (véase el artículo 8 de la Ley sobre la competencia y el comercio leal, de 1994).

26. El análisis del control de las fusiones tiene necesariamente una visión de futuro y supone comparar la situación anterior a la fusión propuesta con la situación posterior a ella, para evaluar los posibles efectos de la fusión en la competencia (análisis "del caso hipotético" o de pronóstico)⁹. Un análisis hipotético del mercado suele comprender los aspectos siguientes¹⁰:

- i) Definición del mercado (cuál es el mercado pertinente con arreglo al producto o el ámbito geográfico);
- ii) Evaluación de la estructura del mercado y la concentración existente en éste antes de la fusión (qué empresas hay, cuáles son sus cuotas y su importancia estratégica con respecto a los mercados del producto, qué empresas podrían plantear competencia en el futuro);
- iii) Evaluación de los efectos probables de la fusión notificada, incluidos los efectos unilaterales y de coordinación (la probabilidad de que la entidad fusionada tenga la capacidad de ejercer poder de mercado unilateralmente y la probabilidad de que la fusión genere más oportunidades para que los agentes del mercado coordinen comportamientos); y
- iv) La probabilidad de que surjan nuevas barreras para la entrada y la existencia de barreras efectivas para la entrada de nuevos competidores y la expansión de los actuales.

27. A menudo queda a criterio de las partes que se fusionan refutar cualquier teoría de perjuicio para la competencia que se esgrima y demostrar que la fusión no afectará negativamente a la competencia en el mercado en comparación con el statu quo. Debe lograrse un equilibrio prudente en lo que respecta a los requisitos probatorios. Las autoridades de defensa de la competencia deben procurar, por un lado, que los criterios no sean tan exigentes que lleven a que se descarten fusiones beneficiosas y, por otro lado, que los requisitos probatorios no sean tan poco estrictos como para permitir que se aprueben algunas fusiones perjudiciales.

28. Además de los temas generales mencionados, algunas jurisdicciones incluyen otras consideraciones de "interés público" en el análisis del control de las fusiones. Esas consideraciones son, entre otras, la estabilidad financiera, la protección de las empresas líderes nacionales, las políticas industriales, la promoción del empleo, la supervivencia de las empresas pequeñas y medianas, y el aumento del protagonismo de las personas históricamente desfavorecidas. Si bien muchas de esas consideraciones de interés público son importantes, no están estrictamente relacionadas con la competencia, y por lo general suponen ciertas concesiones recíprocas (por ejemplo, un resultado que está un poco por debajo del más eficiente).

⁹ Whish (2009). *Competition Law*. Sexta edición. Oxford University Press: 811.

¹⁰ Véase Merger Guidelines Workbook de la International Competition Network (ICN) (2006).

29. La formación de empresas líderes nacionales constituye un ejemplo interesante de ese tipo de concesiones recíprocas. Algunos países con mercados pequeños pueden querer canalizar la fusión de empresas nacionales en una sola empresa líder nacional, que tenga como resultado una posición de monopolio a nivel interno, con el argumento de que esto les podría permitir ser más competitivos en los mercados internacionales. Sin embargo, en ausencia de controles reglamentarios, es muy probable que esas empresas líderes nacionales extraigan "rentas de monopolio" a nivel interno, y sin la disciplina de la competencia en sus mercados nacionales, es posible que tampoco lleguen a ser más competitivos en los mercados internacionales, lo que en definitiva redundaría en perjuicio de los consumidores nacionales y, en última instancia, del desarrollo de la economía en su conjunto. Además, en el caso de las economías pequeñas, es improbable que el dominio del mercado interno genere las economías de escala necesarias para que sean competitivas internacionalmente. En cambio, si el mercado local está abierto a la competencia de las importaciones o de la inversión extranjera directa, el mercado mundial podría ser pertinente para el análisis del control de las fusiones, y ese único proveedor nacional podría ser autorizado a fusionarse. En consecuencia, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia logren un equilibrio entre las consideraciones relativas a la competitividad internacional y el daño consiguiente que podría causarse al mercado interno.

30. Lo que es indiscutible es la necesidad de que las autoridades de defensa de la competencia y el gobierno mantengan deliberaciones detalladas con el fin de decidir si deben incorporarse consideraciones de interés público en la política sobre la competencia o si hay otros medios más eficaces de alcanzar ese objetivo¹¹.

Medidas correctivas

31. Las autoridades de defensa de la competencia tienen normalmente la potestad de aprobar o prohibir una fusión sobre la base del análisis que realicen de los efectos probables de esa fusión sobre la competencia. Además, cuando se notifica una transacción que suscita inquietudes con respecto a la competencia, algunos regímenes de control de las fusiones permiten que la parte que notifica proponga medidas correctivas y reestructure por esa vía la transacción propuesta a fin de resolver los problemas que afectarían a la competencia. La autoridad de defensa de la competencia tendría entonces que evaluar la transacción modificada. Otras jurisdicciones facultan a la autoridad de defensa de la competencia a imponer esas medidas a las partes que notifican la fusión.

32. Habida cuenta de que el control de las fusiones apunta a salvaguardar la estructura competitiva del mercado, las medidas estructurales parecen ser la opción más adecuada para contrarrestar las preocupaciones relacionadas con la competencia planteadas por una transacción sometida a examen. La venta o liquidación de determinados aspectos de los negocios de las partes que se fusionan (generalmente de áreas que se superponen) para evitar o reducir el aumento de poder de mercado es la medida correctiva de carácter estructural más eficaz de que disponen las autoridades de defensa de la competencia.

33. Es más fácil adoptar medidas estructurales en los regímenes obligatorios *ex ante* o de notificación previa, ya que se puede exigir a las partes que se fusionan que introduzcan los cambios estructurales antes de que se perfeccione la fusión. Si bien muchas autoridades tienen la facultad de dejar sin efecto las fusiones anticompetitivas antes de que se consumen, este criterio es obviamente más problemático y lleva más tiempo.

34. Muchas autoridades de defensa de la competencia pueden también recurrir a medidas correctivas de comportamiento en virtud de las cuales las partes que se fusionan

¹¹ Whish (2009). *Competition Law*. Sexta edición. Oxford University Press: 805-806 y 813-814.

convienen en adoptar ciertas medidas una vez perfeccionada la fusión (por ejemplo, otorgar licencias a los competidores), para eliminar las preocupaciones relacionadas con la competencia. En los casos de fusión, las medidas de comportamiento son generalmente menos eficaces que las medidas estructurales, a causa de las dificultades que existen para vigilar y supervisar su aplicación.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – medidas correctivas

Región/país

Brasil	El organismo regulador de la competencia del Brasil (CADE) tiene amplias potestades correctivas y está expresamente autorizado a recurrir a cualquier medida que esté a su alcance para subsanar cualquier daño causado a la competencia como consecuencia de una fusión. Una de esas medidas puede ser exigir la disolución o la división de la entidad fusionada (véase el párrafo 9 del artículo 54 de la Ley brasileña de defensa de la competencia, N° 8884 de 1994).
China	La Ley antitrust otorga al Ministerio de Comercio de China la facultad de impedir una fusión o de imponer medidas correctivas antes de autorizarla. Tiene además la posibilidad de imponer diversas sanciones legales por incumplimiento a las partes en la fusión y de adoptar medidas estructurales, medidas de comportamiento o una combinación de ambas.
Estados Unidos	<p>Las autoridades de defensa de la competencia pueden pedir al tribunal federal que dicte una orden que prohíba la ejecución de una fusión propuesta. La Comisión Federal de Comercio (FTC) puede también iniciar un procedimiento administrativo para determinar la legitimidad de una fusión. El incumplimiento de las disposiciones de la Ley HSR puede traer aparejada la imposición de una multa de hasta 16.000 dólares por día por el período que dure la infracción.</p> <p>Es habitual que se adopten medidas estructurales, especialmente en forma de una orden de consentimiento que exige que las partes en la fusión se desprendan de cierta parte de los activos existentes o de una porción de los activos que adquirirán al perfeccionarse la transacción.</p> <p>Las autoridades también tienen la posibilidad de adoptar medidas de comportamiento, pero no es habitual que las usen en casos de fusión.</p>
Kenya	La autoridad de defensa de la competencia puede negarse a autorizar una fusión, u otorgar la autorización con sujeción a determinadas condiciones. Una de esas condiciones puede ser la venta o liquidación de alguna parte del negocio de las partes que se fusionan. La autoridad de defensa de la competencia también puede adoptar medidas de comportamiento (véase el artículo 31 de la Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control del comercio, de 1990).

Región/país

Unión Europea	<p>La Comisión tiene la potestad de imponer a las empresas multas de hasta el 10% de su volumen de negocios total anual a escala mundial cuando no cumplen la orden de suspender la ejecución de una fusión mientras la Comisión la examina, o cuando consuman una fusión que ha sido prohibida por la Comisión. La Comisión puede también imponer el pago periódico de penas de hasta el 5% del volumen de negocios total medio diario a nivel mundial por cada día que dure la infracción.</p> <p>Además, se pueden imponer multas de hasta el 1% del volumen de negocios total mundial en ciertas circunstancias, por ejemplo cuando las partes en la fusión suministran información engañosa o incorrecta.</p> <p>En caso de que se haya perfeccionado una fusión anticompetitiva, la Comisión podrá exigir su disolución total e imponer medidas provisionales u otras medidas necesarias para restablecer las condiciones de una competencia efectiva en el mercado de que se trate (véase el artículo 8 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo).</p>
---------------	--

Adquisición de control a través de fronteras

35. En vista de sus efectos potenciales en el mercado local, muchos regímenes legales de defensa de la competencia también someten al control de las autoridades locales las fusiones entre empresas extranjeras ("*foreign to foreign*"). Estas concentraciones son fusiones, absorciones u otras formas de adquisición del control en las que participan sociedades constituidas en otros países, pero que de todos modos generan negocios en el mercado local, ya sea por conducto de filiales locales o mediante ventas transfronterizas directas.

36. Las autoridades de defensa de la competencia deben tener presentes dos problemas que se plantean en el ámbito internacional. En primer lugar, las decisiones basadas en la evaluación de la misma transacción pueden variar de una jurisdicción a otra cuando hay divergencias en las normas de evaluación aplicadas o cuando las diferencias en las condiciones del mercado pueden llevar a un resultado diferente aunque se usen los mismos criterios de evaluación sustantivos. En segundo lugar, la aplicación a la misma transacción de normas diferentes en lo que respecta a la notificación previa y la aprobación impone altos costos de transacción a las partes que notifican¹². La cooperación internacional puede contribuir a eliminar algunas de estas preocupaciones.

¹² Fox E. (2008). Capítulo 14: Derecho de la competencia. En: Lowenfeld A. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford University Press: 444.