



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

Distr. limitada
25 de mayo de 2018
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia
17º período de sesiones
Ginebra, 11 a 13 de julio de 2018
Tema 3 d) del programa provisional
Examen de los capítulos V y VI de la Ley tipo
de defensa de la competencia

**Ley tipo de defensa de la competencia (2018):
Capítulo VI revisado***

* Esta es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.6.

GE.18-08460 (S) 040618 050618



* 1 8 0 8 4 6 0 *

Se ruega reciclar



Ley tipo de defensa de la competencia (2018): Capítulo VI

Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos

I. Notificación

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, deberían notificarse:

- a) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país;
- b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de un poder de mercado, especialmente en sectores económicos en que la concentración del mercado sea elevada, cuando existan barreras a la entrada o cuando no haya productos sustitutivos del suministrado por las empresas cuya conducta se examina.

II. Prohibición

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, deberían prohibirse:

- a) Cuando la operación propuesta refuerce considerablemente la capacidad de ejercer el poder de mercado (por ejemplo, cuando una empresa o un grupo de empresas que actúen conjuntamente puedan imponer de manera rentable unos precios superiores a los niveles competitivos durante un período de tiempo prolongado);
- b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, dé como resultado una empresa con influencia dominante o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

III. Procedimientos de investigación

La autorización de la investigación de las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, que puedan redundar en perjuicio de la competencia podría figurar en unas disposiciones reglamentarias sobre las concentraciones económicas.

En particular, ninguna empresa debería, en los supuestos a que se refieren los anteriores apartados, realizar una fusión hasta la expiración de un plazo de espera de (...) días contados desde la fecha de expedición del resguardo de la notificación, a menos que el organismo de defensa de la competencia abrevie dicho plazo o lo prorrogue por un período adicional que no exceda de (...) días con el consentimiento de las empresas interesadas, de conformidad con las disposiciones de los posibles elementos del artículo 7. Podría facultarse al organismo para que requiera de las partes y las empresas en el ramo del comercio o el mercado pertinente afectados que presenten documentos o deduzcan testimonio, manteniéndose la suspensión de la operación por un tiempo suplementario cuando las partes se demoren en responder.

Si, concluida la vista ante el organismo de defensa de la competencia o un tribunal, la conclusión a que se hubiere llegado fuere contraria a la operación, podrían impedirse o incluso deshacerse las adquisiciones o fusiones que es probable disminuyan considerablemente la competencia en un ramo del comercio en el ámbito de jurisdicción o en una parte importante del mercado pertinente comprendido en ese ámbito.

I. 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. Los factores que motivan las fusiones industriales son, entre otros: la expansión geográfica; la diversificación de las actividades de una empresa o de su cartera de productos y servicios; la consolidación de la posición de una empresa 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. Como resultado, las empresas pueden mejorar su acceso al capital, reforzar sus capacidades de investigación y desarrollo, y mejorar el 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 para 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 los siguientes elementos:
 - a) Las disposiciones legales y la política de cumplimiento forzoso relacionadas con los distintos tipos de fusiones;
 - b) 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;
 - c) El tratamiento de las mejoras de eficiencia y de los criterios no relacionados con la competencia;
 - d) El alcance y la estructura de las excepciones;
 - e) 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, hay más similitudes que diferencias entre la mayoría de los regímenes relativos a la competencia en lo que respecta al tratamiento de las fusiones. 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.

II. Comentarios al capítulo VI

A. 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 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 este¹.

Fusión

9. En 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. En el derecho de la competencia, el término suele ser más amplio 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 o 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

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

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”. Estas empresas pueden producir “insumos de necesidad común, fabricar productos producidos en conjunto o combinar conocimientos especializados con fines de investigación y desarrollo”².

13. Las alianzas son un tipo 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.

14. Si una 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 una empresa conjunta sirve para crear poder de mercado o acrecentarlo, 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 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

15. 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.

16. 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.

17. Como se muestra en el cuadro VI.1, la definición de fusión puede variar según la legislación de un país o un grupo de países.

Cuadro VI.1

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: definición de fusión

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 (Ley núm. 12529, de 30 de noviembre de 2011, artículo 90).
--------	--

² E. Fox, 2008, *Competition Law*, en A. Lowenfeld, *International Economic Law*, segunda edición (Oxford University Press, Londres).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ A. Jones y B. Sufrin, 2016, *EU [European Union] Competition Law: Text, Cases and Materials*, sexta edición (Oxford University Press, Oxford y Nueva York).

China	La definición de las fusiones y adquisiciones es muy amplia, y pone el énfasis en los efectos del control. Conforme al artículo 20 de la Ley Antitrust de China, la definición incluye las fusiones de empresas comerciales o las adquisiciones 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 de América	Las normas sobre fusiones 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 Perfeccionamiento de la Reglamentación Antitrust (1976)).
Sudáfrica	La Ley núm. 89 sobre la Competencia (1998), en su capítulo 3, cláusula 12, establece la siguiente definición: 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 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. No obstante, la Ley no contiene una lista cerrada de formas de adquirir el control. Si bien la Ley es aplicable a las fusiones pequeñas, intermedias y de gran magnitud, por lo general solo se exige una notificación previa y una autorización en el caso de las fusiones intermedias y las de gran magnitud.
Unión Europea	<p>Las concentraciones comprendidas en el Reglamento Comunitario de Concentraciones^a 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 Reglamento Comunitario de Concentraciones, artículo 3).</p>

^a Reglamento núm. 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).

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

Fusiones horizontales

19. 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.

20. 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)⁶.

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

Fusiones verticales

22. Son fusiones verticales las que se producen cuando se fusionan empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución (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: 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 precios⁷.

Fusiones heterogéneas

23. 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

24. 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 (cuadro VI.2). Los diversos regímenes pueden agruparse en tres categorías amplias:

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

25. Muchos regímenes voluntarios alientan a las partes en la fusión a realizar consultas oficiosas y a notificar las fusiones, para reducir el riesgo de que se ejecuten fusiones

⁶ R. Whish, 2009, *Competition Law*, sexta edición (Oxford University Press, Oxford).

⁷ *Ibid.*

anticompetitivas y evitar la necesidad de que la autoridad de defensa de la competencia 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 pueden adoptar medidas correctivas o recurrir ante un tribunal para minimizar o contrarrestar los efectos anticompetitivos que puedan derivarse de esas fusiones.

26. Para garantizar la eficiencia de los procedimientos y reducir al mínimo los gastos administrativos, prácticamente todos los regímenes jurídicos sobre la competencia limitan 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.

Cuadro VI.2

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: umbrales legales

Regímenes voluntarios de control de las fusiones

Australia	El artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor (2010) 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. Si bien la notificación es voluntaria, las Directrices sobre Fusiones de 2008 de la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia, actualizadas en 2017, 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%.
Hong Kong (China)	La Disposición Legislativa de Defensa de la Competencia (2012) no especifica ningún umbral numérico para la notificación, pero prohíbe las fusiones que reduzcan considerablemente la competencia en Hong Kong (China) (artículo 3, párrafo 1, del anexo 7 de la Disposición legislativa). De conformidad con lo dispuesto en la Norma sobre Fusiones (párrafo 3.13), promulgada en julio de 2015 por la Comisión de la Competencia y la Dirección de Comunicaciones, por lo general toda fusión horizontal tras la cual la cuota de mercado conjunta de las partes en la operación sea igual o superior al 40% puede suscitar inquietudes en lo que atañe a la libre competencia.
Mauricio	Cuando dos o más empresas tienen la intención de fusionarse, cualquiera de ellas puede consultar a la Comisión de la Competencia para determinar si la fusión propuesta puede reducir considerablemente la competencia en cualquier mercado de bienes o servicios (Ley de la Competencia de 2007, artículo 47). La Comisión examinará las operaciones de fusión en que se den las siguientes condiciones: a) Todas las partes en la fusión suministran o adquieren bienes o servicios y, tras la fusión, suministrarán o adquirirán conjuntamente el 30% o más de todos esos bienes o servicios en el mercado;

Regímenes voluntarios de control de las fusiones

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	<p>b) Una de las partes en la fusión suministra o adquiere por sí sola, antes de la fusión, el 30% o más de los bienes o servicios en el mercado (Ley de la Competencia de 2007, artículo 48).</p> <p>Los umbrales legales se basan en el cumplimiento de determinados criterios: el del volumen de negocios y/o el de la proporción de la oferta. Se cumple el criterio del volumen de negocios cuando la empresa en cuestión tiene un volumen de negocios de más de 70 millones de libras esterlinas, lo que permite abarcar a la mayoría de las adquisiciones importantes. Se cumple el criterio de la proporción de la oferta 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

Canadá	<p>La Ley de la Competencia (1985), modificada por última vez el 12 de diciembre de 2017, establece diversos umbrales:</p> <p>a) El umbral del volumen de la operación: la empresa en cuestión dispone de activos en el Canadá u obtiene ingresos en el Canadá o procedentes del Canadá de la venta de esos activos por un valor superior a los 86 millones de dólares canadienses;</p> <p>b) El umbral del tamaño de las partes: las partes en la operación, incluidas todas las filiales, disponen de activos conjuntos en el Canadá u obtienen ingresos de la venta en el Canadá o con destino u origen en el Canadá por un valor superior a los 400 millones de dólares canadienses;</p> <p>c) El umbral del volumen del capital: la adquisición de más del 20% de las acciones con derecho a voto de una empresa pública, o de más del 35% de las acciones con derecho a voto de una empresa privada, o de más del 35% de las participaciones en una empresa que no sea una sociedad de capital.</p>
Chile	<p>La nueva Ley de Libre Competencia, promulgada en agosto de 2016, ha introducido un sistema de notificación obligatoria antes de las fusiones que entró en vigor el 1 de junio de 2017. A fin de orientar a las partes en una operación sobre los umbrales que determinan la obligación de notificar y sobre el proceso de examen de la fusión, el Gobierno ha publicado un reglamento que detalla la información que es preciso incluir en la notificación de las concentraciones a la Fiscalía Nacional Económica, que ha elaborado una guía sobre la competencia, los umbrales del volumen de negocios y las medidas correctivas.</p>
Estados Unidos	<p>De conformidad con el artículo 18 a) del capítulo I de la Ley Hart-Scott-Rodino de Perfeccionamiento de la Reglamentación Antitrust, se exige la notificación cuando se cumplen las siguientes condiciones:</p> <p>a) El criterio del comercio: La parte adquirente o la parte adquirida participan en el comercio estadounidense o en cualquier actividad que afecte a dicho comercio;</p>

Regímenes obligatorios de control de las fusiones

b) El criterio del volumen de la transacción: 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 2018 asciende a 84,4 millones de dólares);

c) El criterio de la dimensión de las partes^a: El criterio de la dimensión de las partes se aplica exclusivamente a las transacciones cuyo valor no supere los 337,6 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 16,9 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 168,8 millones de dólares o más (según el reajuste anual).

La fusión no se encuadra dentro de ninguna de las excepciones previstas en la Ley, por ejemplo la adquisición de títulos sin derecho a voto.

Israel	De conformidad con el artículo 17 de la Ley núm. 5748 de Prácticas Comerciales Restrictivas, de 1988, toda operación que se considere una fusión de empresas deberá satisfacer criterios adicionales si la cuota de mercado de las empresas que se fusionan excede del 50%, si el volumen de negocios total realizado por las empresas que se fusionan en el ejercicio económico anterior a la fusión fue superior a los 150 millones de nuevos sheqalim (aproximadamente 42 millones de dólares) o si una de las empresas que se fusionan es un monopolio (es decir, tiene una cuota de mercado superior al 50%).
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 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 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 a la autoridad de defensa de la competencia todas las concentraciones que tengan dimensión comunitaria. Exceptuando el caso en que cada una de las empresas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro ^b , la dimensión comunitaria se determina en función del volumen de negocios, de acuerdo con los criterios siguientes:

Regímenes obligatorios de control de las fusiones

- a) El volumen de negocios total a escala mundial del conjunto de las partes supera los 5.000 millones de euros;
- b) El volumen de negocios a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las partes supera los 250 millones de euros.

^a Umbrales para 2018 revisados por la Comisión Federal de Comercio. Véase Federal Register, vol. 83, núm. 19, 29 de enero de 2018.

^b Véase el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, artículo 1.

B. Análisis del régimen de control de las fusiones

27. También hay grandes diferencias a nivel mundial entre las distintas jurisdicciones en lo que respecta a evaluar la legalidad de las fusiones (cuadro VI.3). Generalmente se aplica alguno de los criterios siguientes para determinar las consecuencias que probablemente se derivarán de una fusión:

- a) ¿Se reducirá considerablemente la competencia en un determinado mercado?
- b) ¿La fusión tendrá como resultado la creación o el fortalecimiento de una posición dominante?⁸
- c) ¿Se impedirá, distorsionará o reducirá la competencia?

Cuadro VI.3

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: criterios de evaluación sustantivos

Brasil	La legislación brasileña sobre competencia tiene en cuenta tanto la posición dominante como la disminución o la restricción de la competencia. En julio de 2016, la autoridad de defensa de la competencia publicó una nueva guía aplicable a los actos de concentración horizontal. La guía indica los factores que la autoridad tiene en cuenta para evaluar las concentraciones horizontales, como el análisis del poder de cartera, la competencia potencial, la eliminación de los disidentes y las adquisiciones parciales. Aborda cuestiones como la participación en el mercado y su equilibrio, el suministro de insumos a los competidores, los efectos unilaterales, los productos homogéneos y diferenciados, el poder de compra, el bienestar de los consumidores y los efectos coordinados (véase http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-publishes-guidelines-on-horizontal-mergers , consultado el 18 de mayo de 2018).
China	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 también puede autorizar fusiones por determinados motivos de interés público. El Ministerio tiene en cuenta los siguientes factores cuando evalúa una fusión:

⁸ El alza de los precios al consumidor o la disminución de la producción son los indicios más comunes de estos efectos.

- a) La cuota de mercado de las partes que se fusionan y su capacidad de controlar el mercado;
- b) El grado de concentración en el mercado de que se trate;
- c) El efecto probable de la fusión en el acceso al mercado y el desarrollo tecnológico;
- d) El efecto probable de la fusión en los consumidores y otros agentes del mercado;
- e) El efecto probable de la fusión en el desarrollo de la economía nacional;
- f) Otros factores que afecten a la competencia y que el Ministerio considere pertinentes.
- Costa Rica La Comisión para Promover la Competencia autorizará las fusiones que no tengan por objeto o efecto:
- a) Adquirir o aumentar significativamente el poder sustancial de manera que se limite o elimine la competencia;
- b) Facilitar la colusión o la coordinación expresa entre los competidores o producir efectos negativos para los consumidores;
- c) Disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre competencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados (Ley núm. 7472 de 1994, modificada el 5 de abril de 2013).
- Estados Unidos La Ley Clayton (1914) prohíbe las adquisiciones que puedan redundar en una reducción sustancial de la competencia o en la creación de un monopolio. 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. Una fusión aumenta el poder de mercado si es probable que aliente a una o más empresas a aumentar los precios, reducir la producción, frenar la innovación o perjudicar de otro modo a los clientes debido a la disminución de las limitaciones que impone la competencia o a los incentivos (Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio, 2010, Horizontal Merger Guidelines, 19 de agosto).
- India El criterio sustantivo para evaluar una fusión es si ha causado o puede causar un efecto negativo apreciable en la competencia en el mercado pertinente de la India. La Comisión tiene en cuenta los siguientes factores:
- a) La variación de la cuota de mercado de resultados de la operación;
- b) Las barreras a la entrada;
- c) Si los negocios de las partes en la operación se solapan, ya sea horizontal o verticalmente^a.

Unión Europea	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 Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, artículo 2).
Zambia	<p>La Comisión aplica tres criterios sustantivos para autorizar una fusión propuesta:</p> <p>a) El criterio de evaluación del mercado para determinar los posibles efectos en el comercio y la economía en general de la fusión en el mercado pertinente;</p> <p>b) El criterio de evaluación de la competencia para determinar si la fusión puede impedir o reducir considerablemente la competencia en un mercado en Zambia. La Comisión analiza los factores que afectan y pueden afectar a la competencia en un mercado definido, entre los que cabe citar los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Los niveles de concentración de los agentes del mercado de que se trate; ii) Las barreras a la entrada; iii) El nivel de las importaciones en el mercado de que se trate; iv) El poder compensatorio de compra o suministro existente en el mercado de que se trate; v) La disponibilidad de productos sustitutivos en el mercado de que se trate; vi) La probabilidad de que la fusión desaloje del mercado a un competidor efectivo y fuerte; vii) Las características dinámicas del mercado, como el crecimiento, la innovación, la fijación de precios y otras características inherentes del mercado; viii) El riesgo de abuso de posición dominante; <p>c) El criterio de evaluación del interés público para determinar si la fusión propuesta será de interés público.</p> <p>(Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor (2010), cuarta parte, Fusiones)</p>

^a International Comparative Legal Guides, 2017, Merger control 2018/India, disponible en <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/india> (consultado el 18 de mayo de 2018).

28. 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 factores siguientes¹⁰:

a) Definición del mercado: ¿cuál es el mercado pertinente con arreglo al producto o el ámbito geográfico?

⁹ Whish, 2009.

¹⁰ International Network Competition, Merger Guidelines Workbook.

b) Evaluación de la estructura del mercado y la concentración existente en este 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?

c) 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 de que la fusión genere más oportunidades para que los agentes del mercado coordinen comportamientos;

d) Probabilidad de que surjan nuevas barreras para la entrada y de que existan barreras efectivas para la entrada de nuevos competidores y la expansión de los actuales.

29. 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.

30. 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).

31. La formación de empresas líderes nacionales constituye un ejemplo interesante de ese tipo de concesiones recíprocas. Algunos países con mercados pequeños pueden desear 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 podría permitir a la empresa líder nacional ser más competitiva 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 competitivas 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 sopesen las consideraciones relativas a la competitividad internacional teniendo en cuenta el daño consiguiente que podría causarse al mercado interno.

32. 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.

¹¹ Whish, 2009.

C. Medidas correctivas

33. 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 (cuadro VI.4).

34. 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.

35. Es más fácil adoptar medidas correctivas 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.

36. 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 convienen en adoptar ciertas medidas una vez perfeccionada una 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 estructurales, a causa de las dificultades que existen para vigilar y supervisar su aplicación.

Cuadro VI.4

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: medidas correctivas

Brasil	El organismo regulador de la competencia 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 Ley Brasileña de Defensa de la Competencia, núm. 12529, de 30 de noviembre de 2011, artículo 61).
China	La Ley Antitrust otorga al Ministerio de Comercio 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	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 puede también iniciar un procedimiento administrativo para determinar la legitimidad de una fusión. El incumplimiento de las disposiciones de la Ley Hart-Scott-Rodino de Perfeccionamiento de la Reglamentación Antitrust relativas a la notificación puede traer aparejada la imposición de una multa de hasta 10.000 dólares por día por el período que dure la

infracción. 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. Las autoridades también tienen la posibilidad de adoptar medidas de comportamiento, pero no es habitual que las usen en casos de fusión.

Federación de Rusia El artículo 34, párrafo 1, de la Ley Federal de Protección de la Competencia (2006), modificada en 2016, estipula que las fusiones o adquisiciones que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 27 de la Ley Antimonopolio y se lleven a cabo sin la autorización previa del organismo antimonopolio se desharán o restructurarán mediante separación o desconexión de las empresas a petición del organismo antimonopolio.

El artículo 34, párrafo 2, de la Ley dispone que las operaciones mencionadas en los artículos 28 y 29 que se lleven a cabo sin la autorización previa del organismo antimonopolio se considerarán nulas de pleno derecho, a petición del organismo antimonopolio, si esas operaciones u otras medidas restringen o pueden restringir la competencia.

Kenya De conformidad con la Ley núm. 12 de Defensa de la Competencia (2010), toda persona que incumpla los requisitos de notificación y autorización previstos en la cuarta parte estará cometiendo un delito castigado con una pena de prisión de hasta cinco años, una multa que no exceda de 10 millones de chelines kenianos o ambas cosas. La autoridad de defensa de la competencia podrá imponer una sanción económica de un importe que no exceda del 10% del volumen de negocios anual de la empresa o empresas en el ejercicio económico anterior en Kenya. Como establece el artículo 42 de la Ley, toda fusión realizada sin la correspondiente autorización de la autoridad competente carecerá de efectos jurídicos.

Unión Europea 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. 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. 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 Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, artículo 8).

D. Adquisición de control a través de fronteras

37. 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.

38. Las autoridades de defensa de la competencia deben tener presentes dos problemas que se pueden plantear 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.

E. Últimas tendencias en materia de cumplimiento forzoso

39. En la Argentina, el Congreso aprobó la reforma de la legislación sobre competencia en noviembre de 2017. El proyecto de ley podría entrar en vigor tras su aprobación por el Senado, que tenía previsto examinarlo en marzo de 2018. Con arreglo a la nueva ley de defensa de la competencia, las partes en una fusión ya no podrán cerrar una operación sin autorización, habida cuenta de la adopción de un sistema suspensivo. El proyecto también prevé un nuevo plazo para el examen de las operaciones, de 45 días, prorrogable otros 120 días cuando las operaciones requieran un examen más detenido¹³.

40. En la Arabia Saudita, el Consejo está intensificando su labor de control de las fusiones ante el aumento considerable del número de operaciones notificadas para su examen. En lo que respecta a las medidas de cumplimiento forzoso, el Consejo dictó su primera decisión de prohibición en julio de 2014 y está investigando un posible incumplimiento de la obligación de notificar. Las investigaciones realizadas hasta la fecha se han centrado exclusivamente en operaciones entre entidades sauditas. La Arabia Saudita cuenta ahora con uno de los nuevos regímenes de derecho de la competencia más importantes del Oriente Medio. Las medidas directas adoptadas por el Consejo de la Competencia para garantizar el cumplimiento también están propiciando un aumento de los litigios en materia de competencia, ya que las empresas contra las que se actúa suelen recurrir las multas impuestas por el Consejo. Ello puede plantear ciertas dificultades a nivel judicial, puesto que los jueces deben familiarizarse con conceptos relativamente nuevos relacionados con el derecho de la competencia. A medida que se consolide el régimen, otros países vecinos, como los Emiratos Árabes Unidos, Kuwait y Omán, podrán fijarse en la experiencia saudita cuando deseen establecer sus propios regímenes de cumplimiento y aplicación del derecho de la competencia¹⁴.

41. En los Emiratos Árabes Unidos, la legislación de defensa de la competencia es aún muy reciente y aún no se han adoptado medidas de cumplimiento forzoso. La ley se promulgó inicialmente en febrero de 2013, y su reglamento, que contiene las disposiciones necesarias sobre su alcance y aplicación, se promulgó en octubre de 2014. Estos instrumentos han permitido aclarar varias cuestiones de procedimiento importantes. No obstante, persisten ciertas lagunas en la legislación que es preciso abordar por separado mediante nuevas resoluciones del Consejo de Ministros, en particular en lo que respecta a los umbrales que determinan la obligación de notificar. No se sabe con certeza en qué

¹² Fox, 2008.

¹³ J. Davies (ed.), 2017, *Merger Control 2017: Getting the Deal Through* (Law Business Research, Londres).

¹⁴ *Ibid.*

medida las empresas que realizan operaciones en los Emiratos Árabes Unidos de resultados de las cuales pueden adquirir una importante cuota de mercado están obligadas a notificarlo, ni, por lo demás, si se puede examinar una operación por la denuncia de un tercero, para lo que se ha establecido un procedimiento oficial. Otra cuestión que es necesario aclarar es la responsabilidad de la empresa adquirida de notificar la operación¹⁵.

42. En China, cada vez se realizan más exámenes de fusiones entre empresas multinacionales. Uno de los casos más conocidos de fusiones entre empresas extranjeras fue el de la fusión entre Google y Motorola Mobility en 2012. El Ministerio de Comercio fijó condiciones de comportamiento para asegurarse, entre otras cosas, de que Google siguiera ofreciendo su plataforma Android de forma gratuita y con código abierto y cumpliendo las condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias para la concesión de licencias sobre la importante cartera de patentes esenciales de Motorola Mobility en el sector de las telecomunicaciones. Otro caso de fusión interesante, que muestra la creciente intervención de China en el examen de las fusiones multinacionales, es el de la fusión entre United Technologies Corporation y Goodrich. En ese caso, el Ministerio impuso medidas correctivas estructurales antes de que sus homólogos en los Estados Unidos y la Unión Europea hubieran finalizado siquiera su examen de la fusión, lo que indica que está teniendo una actitud cada vez más proactiva con respecto a las medidas correctivas impuestas en las fusiones entre empresas extranjeras. En 2014, el Ministerio de Comercio impuso medidas correctivas a varias operaciones entre empresas extranjeras, a saber, entre Thermo Fisher y Life Technologies, Microsoft y Nokia, y Merck y AstraZeneca, así como a la empresa conjunta entre Corun, Toyota China, Primearth EV Energy, Sinogy y Toyota Tsusho. El 19 de octubre de 2015, el Ministerio autorizó condicionalmente la adquisición de Alcatel Lucent por parte de Nokia. Por primera vez, el Ministerio proporcionó orientación para definir a la licenciataria de buena fe o buena voluntad y para determinar cuándo una empresa que concede una licencia sobre patentes esenciales puede o no exigir la adopción de medidas contra una licenciataria de buena fe. La decisión pone de relieve la capacidad del Ministerio de hacer frente a algunos de los problemas que plantea la concesión de licencias sobre esas patentes y la legislación antimonopolio y refleja la voluntad de garantizar el acceso de las empresas tecnológicas chinas a las patentes esenciales¹⁶.

43. En los Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio ganó recientemente dos casos empleando una definición de mercado basada en los clientes nacionales. En el caso de la fusión entre Sysco Corporation y United States Foods, la Comisión presentó una demanda en febrero de 2015 alegando que, si se autorizaba la fusión propuesta, era probable que los clientes de los servicios de comidas del país, como los restaurantes, los hospitales, los hoteles y las escuelas, tuvieran que pagar precios más altos y por servicios de peor calidad que si no hubiera fusión. En cuanto a la propuesta de venta de 11 centros de distribución de United States Foods al grupo Performance Food, la Comisión afirmó que esa medida correctiva propuesta no permitiría al grupo sustituir a United States Foods como competidor ni compensaría el considerable daño causado por la fusión a la competencia. El tribunal desestimó el argumento aducido en apoyo de la medida correctiva propuesta y autorizó a la Comisión la imposición de la medida cautelar preliminar solicitada. Las partes desistieron de llevar a cabo la fusión el 29 de junio de 2015¹⁷.

44. La Comisión Europea publicó una Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (2013/C 366/04). Esta comunicación expone el procedimiento simplificado que la Comisión se propone seguir para tramitar determinadas concentraciones que no plantean problemas de competencia. En la Unión Europea ha disminuido considerablemente el número de notificaciones, así como el número de procedimientos de la segunda fase. En 2016, la Comisión bloqueó los planes de C.K. Hutchison de combinar sus operaciones de telefonía móvil con las de O2 en el Reino Unido. La prohibición se impuso menos de un año después de que TeliaSonera y

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

Telenor abandonarían sus planes de fusionar sus negocios en Dinamarca debido a una prohibición imprevista. Otras importantes fusiones abandonadas son las propuestas entre Mondi y Walki en diciembre de 2015 y entre Halliburton y Baker Hughes en mayo de 2016¹⁸.

45. Una de las novedades en el examen de las fusiones es el enfoque adoptado últimamente por las autoridades de defensa de la competencia, consistente en estudiar los efectos de una fusión en la competencia en materia de innovación. En marzo de 2017, tras un examen a fondo, la Comisión Europea autorizó la fusión entre Dow y DuPont con ciertas condiciones, entre ellas la venta o liquidación de partes importantes de su negocio mundial de plaguicidas, incluida su estructura mundial de investigación y desarrollo. Preocupaba a la Comisión que la operación pudiera tener un efecto significativo en la innovación al suprimir los incentivos para que las partes siguieran desarrollando sus actividades de innovación de forma paralela, ya que ambas partes eran competidoras directas en una serie de importantes ámbitos de innovación en el ámbito de los herbicidas, insecticidas y fungicidas. Otro motivo de preocupación era la posible repercusión de la eliminación de los incentivos que impulsaban a las partes a crear y comercializar nuevos plaguicidas. A este respecto, la Comisión encontró pruebas de que la entidad resultante de la fusión tendría menos incentivos y capacidad para innovar de los que tendrían las dos empresas por separado. En su investigación, la Comisión también halló pruebas de que la entidad fusionada reduciría el gasto en el desarrollo de productos innovadores. Después de la fusión, la empresa fusionada solo tendría como competidores a tres actores mundiales integrados en una industria con enormes barreras de entrada. Para responder a estas preocupaciones, las partes propusieron asumir una serie de compromisos, que fueron aceptados por la Comisión¹⁹.

46. En los últimos años también se ha registrado un aumento sustancial de las concentraciones en los mercados de alta tecnología entre las siguientes empresas: Google y DoubleClick, Microsoft y Yahoo, Microsoft y Skype, Facebook y WhatsApp, y Microsoft y LinkedIn. La Comisión Europea autorizó la fusión entre Microsoft y Skype a pesar de que, tras la operación, la cuota de mercado conjunta en el mercado de los servicios de telecomunicaciones a particulares era cercana al 90%. La decisión se basó principalmente en los factores siguientes: el dinamismo y rápido crecimiento del sector de las telecomunicaciones, las escasas barreras a la entrada, la falta de efectos de red y el número de operadores activos en el mercado, incluidos Google y Facebook. La decisión fue confirmada por el Tribunal General en su histórica sentencia en el asunto T-79/12, *Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA contra Comisión Europea*²⁰. La decisión de la Comisión concuerda con las adoptadas por las autoridades de defensa de la competencia de Australia, el Brasil, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Serbia y la Provincia China de Taiwán. En diciembre de 2016, la Comisión Europea autorizó la fusión de Microsoft y LinkedIn con determinadas condiciones, a diferencia del Brasil, el Canadá, los Estados Unidos y Sudáfrica, que la autorizaron de manera incondicional. En particular, la Comisión Europea señaló el riesgo de exclusión del mercado. En su decisión, la Comisión examinó los efectos que podía tener la combinación de datos desde una perspectiva horizontal, vertical y heterogénea. Ello permitió conocer mejor la forma en que esta aborda lo que comúnmente se conoce como problemas relacionados con los macrodatos, es decir, la agregación bajo la misma propiedad de grandes conjuntos de datos en los casos de fusión²¹.

47. Los Estados Unidos también tuvieron ciertas dificultades para evaluar los efectos en la competencia de las fusiones en el mercado de la tecnología. En primer lugar, no se puede

¹⁸ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)&from=Es](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)&from=Es) (consultado el 16 de mayo de 2018).

¹⁹ Comisión Europea, 2017, Mergers: Commission clears merger between Dow and DuPont, subject to conditions, 27 de marzo, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_en.htm (consultado el 16 de mayo de 2018).

²⁰ Tribunal General de la Unión Europea, 2013, Microsoft's acquisition of Skype is compatible with the internal market, 11 de diciembre, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-156_en.htm (consultado el 16 de mayo de 2018).

²¹ Comisión Europea, 2017, Competition Merger Brief, núm. 1/2017, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2017/kdal17001enn.pdf> (consultado el 17 de mayo de 2018).

definir un mercado pertinente, en el que la competencia es limitada, mediante métodos tradicionales cuando, o bien el mercado no existe todavía, o bien una de las partes aún no compete. En segundo lugar, dada la naturaleza de la competencia en materia de innovación, puede ser difícil saber qué es mejor para impulsar la innovación, si la puesta en común de los recursos de investigación y desarrollo o la preservación de competidores separados e independientes en busca de soluciones. La Comisión Federal de Comercio estudió estas cuestiones en la adquisición de Arbitron Inc. por Nielsen Holdings NV. La Comisión entendió que la operación podría eliminar la futura competencia en la prestación de servicios de medición natural unificada de audiencias en distintas plataformas, permitir que Nielsen ejerciera unilateralmente el poder de mercado en el mercado de los servicios de medición unificada de audiencias en distintas plataformas y provocar un aumento de los precios de esos servicios²². Aunque esta presunción de daños se refería a un mercado futuro, la Comisión señaló que, sobre la base de las pruebas presentadas, era necesario adoptar una medida correctiva para “hacer frente al probable daño que la adquisición causaría a la competencia”²³. La Comisión también fundamentó su decisión remitiéndose a las Directrices sobre Fusiones Horizontales de 2010, que indican que, si la fusión no ha tenido lugar, los organismos estudiarán si las empresas participantes en la fusión han sido o pueden ser competidoras directas²⁴. Sobre la base de la posición de la Comisión, las partes acordaron apoyar la entrada de nuevas empresas ofreciendo a los terceros una licencia libre de regalías al negocio de medición de audiencias en diferentes plataformas de Arbitron.

48. Las autoridades de defensa de la competencia han tenido dificultades para responder a las preocupaciones relacionadas con la competencia en materia de innovación y la competencia en los futuros mercados de alta tecnología. Ha habido algunos casos en que ni siquiera las partes en la fusión han podido encontrar soluciones adecuadas para dar respuesta a esas preocupaciones. Un ejemplo de ello es la adquisición de Tokio Electron por Applied Materials, en que el Departamento de Justicia consideró que esas dos empresas eran las dos principales competidoras en un futuro mercado para los productos que se estaban desarrollando. Las partes abandonaron los planes de fusión después de que el Departamento de Justicia rechazara la solución que proponían por entender que el paquete de ventas o liquidaciones propuesto era insuficiente para responder a las preocupaciones relacionadas con la innovación. Por último, la fusión entre Microsoft y Yahoo y el caso *United States v. American Express Company* ponen de manifiesto la necesidad de tener en cuenta las particularidades de los mercados transversales de alta tecnología, con agentes como Amazon, Facebook, Google y Uber, al analizar los efectos de las fusiones en esos mercados²⁵.

²² Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia, 2013, Hart–Scott–Rodino Annual Report: ejercicio económico de 2013.

²³ Comisión Federal de Comercio, 2013, Declaración de la Comisión Federal de Comercio: *In the Matter of Nielsen Holdings N.V. and Arbitron Inc.*, disponible en https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297661/140228nielsenholdingstatement.pdf (consultado el 23 de mayo de 2018).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ C. S. Hataway y M. S. Wise, 2016, “US [United States] merger control in the high-technology sector”, en I. Knable Gotts (ed.), *The Merger Control Review* (Law Business Research, Londres).