



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

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/31
2 de julio de 2002

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y las
Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Cuarto período de sesiones
Ginebra, 3 a 5 de julio de 2002
Tema 2 del programa provisional

TRABAJOS SOBRE LA LEY TIPO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:
COMENTARIO REVISADO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LOS
ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS
ORGANISMOS REGULADORES, INCLUIDOS LOS REGULADORES
SECTORIALES Y COMENTARIO REVISADO SOBRE NOTIFICACIÓN,
INVESTIGACIÓN Y PROHIBICIÓN DE FUSIONES QUE AFECTAN
MERCADOS POCO COMPETITIVOS

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 5	4
I. POSIBLES ELEMENTOS PARA UN ARTÍCULO 5: LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN.....	6 - 10	4
A. Función de promoción de las autoridades de defensa de la competencia con respecto a la regulación y la reforma del marco normativo	6 - 7	4

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. (<u>continuación</u>)		
B. Definición de regulación.....	8	5
C. Definición de obstáculos de regulación a la competencia	9	5
D. Protección del interés general	10	5
II. COMENTARIO AL ARTÍCULO 5.....	11 - 29	5
A. Función de promoción de las autoridades de defensa de la competencia con respecto a la regulación y la reforma del marco normativo	12 - 23	6
1. ¿Por qué los gobiernos prestan particular atención a los resultados de determinadas actividades económicas?.....	13 - 21	6
2. ¿Cuál debería ser la función de los organismos de defensa de la competencia respecto a la regulación?	22 - 23	10
B. Definición de regulación.....	24	12
C. Definición de obstáculos de la regulación a la competencia	25 - 26	13
D. Protección del interés general	27 - 29	14
1. ¿Cómo se relaciona la protección del "interés general" con la regulación?	28	15
2. Regulación, competencia y gobiernos locales	29	16
III. POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 6: NOTIFICACIÓN, INVESTIGACIÓN Y PROHIBICIÓN DE FUSIONES QUE AFECTAN MERCADOS POCO COMPETITIVOS	30 - 34	20
A. Notificación	30	20
B. Prohibición.....	31	20
C. Procedimientos de investigación	32 - 34	20

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
IV. COMENTARIO AL ARTÍCULO 6.....	35 - 52	21
A. Definiciones	35 - 36	21
B. Notificación y criterios de notificación	37 - 41	23
C. Tipos de concentraciones.....	42 - 52	25

Recuadros

1. Regulación y derecho y política de la competencia	8
2. Principios de regulación eficiente para la eliminación de los obstáculos de la regulación a la competencia	13
3. Las autoridades regionales y las normas en materia de competencia: los instrumentos de la Unión Europea.....	16
4. ¿Por qué instituir un control de las fusiones?	22

INTRODUCCIÓN

1. Como se recordará, en el párrafo 11 de la resolución aprobada por la Cuarta 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 (TD/RBP/CONF.5/16), se pedía a la UNCTAD que preparara un nuevo capítulo de la Ley tipo sobre las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los reguladores sectoriales. Un primer documento (TD/B/COM.2/CLP/23) que contenía propuestas para un nuevo artículo y comentarios acerca de la manera de fomentar la competencia en los servicios públicos y las industrias de infraestructura se presentó al Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia en su tercer período de sesiones (2 a 4 de julio de 2001). En esa nota se sugería también la manera de promover la eficiencia mediante la elaboración de leyes y el establecimiento de instituciones apropiadas sobre la competencia, de proteger el interés general en las industrias abiertas a la competencia, y de organizar las relaciones entre organismos de defensa de la competencia y organismos reguladores.
2. La presente nota es un intento de revisar el documento TD/B/COM.2/CLP/23 sobre la base de los comentarios formulados por los Estados miembros en el tercer período de sesiones del Grupo o enviados por escrito antes del 31 de enero de 2002, en particular con miras a fortalecer la protección del interés general en las industrias abiertas a la competencia y organizar las relaciones entre organismos de defensa de la competencia y organismos reguladores con respecto, más concretamente, a los gobiernos locales o regionales.
3. Las propuestas se presentan en forma de un nuevo artículo 5 de la Ley tipo y comentarios sobre el mismo, consolidando los elementos ahora dispersos en diversos artículos de la Ley tipo. En el artículo 5 se tienen asimismo en cuenta un cierto número de peculiaridades de mecanismos de mercado menos perfeccionados centrándose sobre todo las propuestas en la manera de aumentar la eficiencia en las industrias reguladas de países en desarrollo y países con economías en transición.
4. Los "Posibles elementos del artículo 5" y su comentario "Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos" contenidos en la Ley tipo se convierten ahora en posibles elementos del artículo 6 y su comentario. Se ha revisado el comentario para tener en cuenta la evolución reciente ocurrida en ese terreno.
5. Se invita a los Expertos a que presenten sus comentarios sobre los cambios, para insertarlos en la versión revisada de la Ley tipo que debe completarse en 2003.

I. POSIBLES ELEMENTOS PARA UN ARTÍCULO 5: LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN

A. Función de promoción de las autoridades de defensa de la competencia con respecto a la regulación y la reforma del marco normativo

6. Toda regulación económica y administrativa por órganos ejecutivos, órganos autonómicos u órganos que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiere a sectores en que operan las industrias de infraestructura, debe estar sometida a un

proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarla. Este es el caso, sobre todo, si la regulación limita la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos y/o crea condiciones discriminatorias o, por el contrario, favorables para la actividad de determinadas empresas -públicas o privadas- y/o si da o puede dar lugar a una restricción de la competencia y/o la vulneración de los intereses de compañías o de ciudadanos.

7. En particular, los obstáculos de la regulación a la competencia incorporados en la regulación económica y administrativa deben evaluarlos las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluidas las razones de carácter general.

B. Definición de regulación

8. Por el término "regulación" se entiende los diversos instrumentos mediante los cuales los gobiernos imponen prescripciones a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, órdenes oficiales y oficiosas, orientaciones administrativas y normas subordinadas dictadas a todos los niveles de gobierno, así como normas publicadas por órganos no gubernamentales u organismos profesionales de reglamentación autónoma en que los gobiernos han delegado facultades de regulación.

C. Definición de obstáculos de regulación a la competencia

9. A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos a la entrada, los obstáculos de la regulación a la entrada son el resultado de leyes promulgadas o actos realizados por órganos ejecutivos gubernamentales, órganos autonómicos y órganos no gubernamentales o de regulación autónomos en los que los gobiernos han delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos a la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencias y otros permisos para iniciar operaciones comerciales.

D. Protección del interés general

10. Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los gobiernos pueden considerar de interés general algunas actividades de servicios realizadas por compañías privadas o estatales. En consecuencia, los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deben establecerse en forma transparente.

II. COMENTARIO AL ARTÍCULO 5

11. La finalidad general y comúnmente admitida de la política de la competencia es reducir al mínimo las ineficiencias económicas creadas en los mercados por comportamientos anticompetitivos¹. La política de la competencia no sólo consiste en la aplicación de la ley sobre

¹ N. Muhammad, "Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia". Quinto curso sobre políticas de la competencia del Programa Social para el Progreso del Foro CEAP, Bangkok, marzo de 2001.

la competencia, sino también en la liberalización y desregulación del comercio en interés del bienestar del consumidor. La finalidad del derecho y de la política sobre la competencia es regular los comportamientos no competitivos de las empresas, en tanto que la desregulación tiene por objeto reducir al mínimo la intervención del gobierno que produzca la desorganización del mercado. En la propuesta sobre el artículo 5 se establecen cuatro elementos de definiciones que se refieren, respectivamente, a la función de promoción de las autoridades de defensa de la competencia, las definiciones de regulación y de obstáculos de regulación a la competencia y la protección del interés general.

A. Función de promoción de las autoridades de defensa de la competencia con respecto a la regulación y la reforma del marco normativo

Toda regulación económica y administrativa por órganos ejecutivos, órganos autónomos u órganos que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiera a sectores en que operan las industrias de infraestructura, debe estar sometida a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarla, si limita la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos y/o crea condiciones discriminatorias o, por el contrario, favorables para la actividad de determinadas empresas -públicas o privadas- y/o si da o puede dar lugar a una restricción de la competencia y/o a la vulneración de los intereses de compañías o ciudadanos.

En particular, los obstáculos de la regulación a la competencia incorporados en la regulación económica y administrativa deben evaluarlos las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluida las razones de interés general.

12. Los elementos relativos al artículo propuesto plantean dos cuestiones, que deben tratarse por separado.

1. ¿Por qué los gobiernos prestan particular atención a los resultados de determinadas actividades económicas?

13. Los gobiernos tienen tendencia a elaborar normas sectoriales amplias y completas aplicables en particular a importantes industrias de servicios de infraestructura. Estas industrias, denominadas también "empresas de servicios públicos" o "servicios públicos", comprenden actividades a las que es indispensable tener acceso para el desarrollo de modos de vida modernos o que hacen aportaciones esenciales a muchas partes de la economía de una nación como electricidad, gas, producción y abastecimiento de agua, gestión de desechos sólidos, telecomunicaciones, televisión por cable, distribución de correo y transporte público (por aire, carretera o ferrocarril)².

² En una reciente mesa redonda de la OCDE, organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia, se ha mostrado también que pueden hallarse regímenes reguladores específicos en la radiodifusión y la televisión, la televisión por cable, la aviación civil, la navegación de altura, los productos farmacéuticos, la banca, el transporte interurbano o autobús y el transporte por carretera, etc. Véase OCDE, "The Relationship between Competition and Regulatory Authorities", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, París, 1999, vol. 1, 3), págs. 169

14. Los gobiernos conceden gran importancia a la industria de servicios de infraestructura, tanto en los países desarrollados como en desarrollo y en los países con economías en transición, por cuatro razones principales. La prescripción gubernamental de su funcionamiento la distingue en cuatro formas de los sectores de la economía comunes y tradicionalmente competitivos: por control de entrada, fijación de precios o topes de precios, y la calidad y las condiciones de las prescripciones sobre servicios (véase el recuadro 1).

15. La primera razón es que esas industrias son fundamentales para los resultados de la economía, como proveedoras de insumos para todos los demás sectores de actividad. Las condiciones de sus operaciones y de su eficiencia no sólo pueden afectar la productividad general y la competitividad de un país sino también su orden social e incluso su estabilidad política si los consumidores expresan una insatisfacción general. Del carácter esencial de esas industrias se deduce que con frecuencia tienen obligaciones de servicio público o universal, lo que significa que las compañías -públicas o privadas- tienen que prestar determinado servicio aun cuando no sea económico para ellas hacerlo. Por lo tanto, las industrias de servicios de infraestructura pueden no ser competitivas cuando existen restricciones reguladoras a la competencia en la actividad de que se trate. Las restricciones a la competencia se imponen por diversas razones, y en particular con el fin de que una compañía pueda hallar una fuente de ingresos para financiar actividades y servicios no comerciales impuestos. Por ejemplo, un operador postal nacional está protegido a menudo contra la competencia en el correo de cartas normales, lo que se justifica por la necesidad, para proteger la subvención cruzada de repartos de cartas en zonas de alto costo como las rurales. La consecuencia de esto es que la reforma de esos sectores que son esenciales para la actividad de un país y están protegidas por la competencia por razones sociales y políticas, está a menudo muy politizada.

16. La segunda razón es que las actividades de esas industrias de servicios de infraestructura sólo pueden realizarlas un reducidísimo número de operadores a nivel nacional; en otros términos la mayoría de las entidades gubernamentales, como órganos de gobierno local (por ejemplo, ciudades, provincias, estados federados) han de afrontar un poder de negociación muy fuerte y concentrado. En muchos países, las administraciones centrales o locales han decidido asumir la propiedad directa de las industrias de servicios de infraestructura.

17. La tercera razón, que está relacionada con la regulación y la competencia, es que en esas industrias existen frecuentemente considerables obstáculos a la entrada o la salida, como los costes con pérdida, irrecuperables una vez efectuados. En particular, la secuencia de las operaciones tiene importancia con respecto a la regulación gubernamental: muchas veces hay que empezar por hacer importantes inversiones en situaciones en que los inversores se comprometen en el mercado y sólo después de varios años obtienen renta o ingresos. Esto significa que, para atraer a la inversión privada voluntaria, los autores del régimen regulador han de hacerlo creíble y predecible. Esa preocupación por la credibilidad es compartida a menudo por los responsables del tesoro. Una de las tareas fundamentales del regulador es crear credibilidad y predecibilidad.

a 246. Véanse también los documentos preparados para un reciente simposio del Banco Interamericano de Desarrollo, celebrado en Washington D.C., en abril de 2001, sobre cuestiones de política de la competencia en industrias de infraestructura.

18. La cuarta y última razón de que los gobiernos concedan gran importancia a las industrias de servicios de infraestructura se debe a los efectos de la oferta, de los costos y de la demanda, dado que ese sector no se compone de una sola actividad homogénea, sino que abarca varios elementos separados. Algunas partes de esos elementos no pueden hacer frente a la competencia, en general debido a la existencia de economías de escala (es decir, una situación en que una sola compañía de determinado sector puede atender más eficientemente la demanda de mercado que cualquier combinación de dos o más compañías). Cuando este elemento no puede hacer frente a la competencia hay que utilizar normalmente un privilegio o derecho exclusivo al uso de un bien público de propiedad del gobierno, que debe concedérselo o arrendárselo. También puede darse el caso de que una industria de servicios de infraestructura no pueda hacer frente a la competencia debido a la presencia de "efectos de red" o "economías de escala en la demanda", es decir, cuando la demanda en los servicios de una compañía aumenta con el consumo de esos servicios³.

Recuadro 1

Regulación y derecho y política de la competencia

Fundamentalmente, la regulación y el derecho y política de la competencia tienen por objeto defender el interés público frente al interés monopolístico. Aunque ambos proporcionan a los poderes públicos un instrumento para alcanzar ese objetivo, el alcance y los tipos de interacción varían. La regulación y el derecho de la competencia no son idénticos. El derecho y la política de la competencia y los problemas de regulación pueden interferirse recíprocamente de cuatro maneras:

- *La regulación puede estar en contradicción con la política de la competencia.* Las medidas reguladoras pueden haber fomentado, incluso exigido, un comportamiento o unas condiciones que, en otras circunstancias constituirían una violación del derecho de la competencia. Por ejemplo, las medidas reguladoras pueden haber permitido la coordinación de los precios, impedido la publicidad o exigido el reparto del mercado territorial. Otros ejemplos comprenden las leyes que prohíben las ventas a un precio inferior al costo, cuyo propósito es fomentar la competencia pero que a menudo se interpretan de una forma contraria a la competencia, y la categoría muy amplia de medidas reguladoras que restringen la

³ Esos efectos de red o "externalidades de red" se dan con frecuencia en industrias de tecnología de la información y las comunicaciones. Muchas veces son beneficios derivados de encontrarse en una red mayor, o de una norma adoptada más ampliamente, pues con ello aumenta el número de personas con quienes se puede interactuar o realizar transacciones económicas. Siempre y cuando se trate de costos de conexión (o compatibilidad) con dos o más redes (o normas), los consumidores pagarán más por estar en una red más vasta. A los mercados con externalidades de redes bastante grandes podría bastarles con una sola empresa. Estos hechos se deducen de los estudios realizados por el Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE en relación con la elaboración de una recomendación de la OCDE sobre la separación de industrias integradas verticalmente, redactada en 2000. Véase, en particular, OCDE, *Structural Separation in Regulated Industries*, París, 2000.

competencia más de lo necesario para lograr los objetivos de la regulación. La modificación o supresión de esas medidas reguladoras obligan a las empresas afectadas a modificar sus hábitos y expectativas.

- *La regulación puede sustituir a la política de la competencia.* En los monopolios naturales, la regulación puede tratar de controlar la posición de dominio directamente, mediante la fijación de topes de precios y el control de la entrada y acceso. La evolución de la tecnología y otras instituciones pueden llevar a reconsiderar las premisas básicas a favor de la regulación (es decir, que las instituciones y la política de la competencia tal vez no sean adecuadas para impedir el monopolio y el ejercicio del dominio en el mercado).
- *La regulación puede duplicar el derecho y la política de la competencia.* La coordinación y los abusos en un sector económico pueden impedirse tanto mediante regulación y reguladores como mediante el derecho y la política de la competencia. Por ejemplo, las medidas reguladoras pueden establecer normas de competencia leal o reglas de licitación que garanticen el carácter competitivo de las ofertas. No obstante, distintos reguladores pueden aplicar normas diferentes, y los cambios o diferencias entre instituciones reguladoras pueden poner de manifiesto que políticas aparentemente iguales han conducido a resultados prácticos diferentes.
- *La regulación puede aplicar métodos de políticas de la competencia.* Los instrumentos para alcanzar los objetivos de regulación pueden conseguirse de manera que aprovechen los incentivos comerciales y la dinámica competitiva. Puede ser necesaria cierta coordinación para que esos instrumentos cumplan los fines para los que fueron elaborados en el contexto del derecho a la competencia.

Fuente: OCDE, *Report on Regulatory Reform*, París, 1997; Comisión Europea.

19. Desde la perspectiva particular de los países en desarrollo debe destacarse que la estructura del mercado origina muchas veces graves preocupaciones en cuanto al logro de una mayor eficacia mediante la reforma del marco normativo y la apertura de industrias reguladas a la competencia.

20. Por ejemplo, se ha observado reciente y reiteradamente que, en el proceso de reforma de los servicios públicos en América del Sur, no se ha considerado la evaluación del mercado antes de la privatización de activos públicos en industrias de infraestructura. Las actividades reguladas y no reguladas que constituyen la estructura del mercado en general no se diferenciaban, debido a la anterior intervención del gobierno⁴. Los países en desarrollo asiáticos están teniendo una experiencia similar en el inicio de los procesos de examen de regulación. Por ejemplo, un

⁴ Véase I. De Leon, "The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience". Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, documento de trabajo, 2001.

representante de Papua Nueva Guinea declaró recientemente que las restricciones reguladoras impuestas por la regulación gubernamental o la propiedad estatal constituyen un impedimento a la competencia. En Papua Nueva Guinea, la regulación vigente se impuso cuando había mayor confianza en ella, pero se apreciaba menos su costo:

"Entre los ejemplos cabe mencionar monopolios legislados para empresas de servicio público, arreglos de comercialización reglamentarios para numerosos productos agrícolas y trámites de licencias para diversas ocupaciones y profesiones. El Grupo de Trabajo de Organismos Centrales realizará un examen de los obstáculos a la entrada... Tal vez sean necesarias reformas estructurales para dismantelar el excesivo poder de mercado que puede impedir la introducción de una competencia efectiva. Para que la privatización logre su objetivo de mayor eficiencia, es importante realizar primero esas reformas estructurales, lo que requerirá la separación estructural en dos esferas: la separación de funciones reguladoras y comerciales y la separación de monopolios naturales y actividades potencialmente competitivas."⁵

21. Los ejemplos ofrecidos por el funcionario de Papua Nueva Guinea muestran que las preocupaciones de los países en desarrollo son en realidad muy similares a las de los países desarrollados. La regulación eficiente en los países desarrollados distingue tradicionalmente entre segmentos de red potencialmente competitivos y segmentos de producción y comercio minorista considerados generalmente monopolios naturales y no potencialmente competitivos. Los segmentos potencialmente competitivos comprenden, por ejemplo, las telecomunicaciones a larga distancia, la generación de electricidad y el transporte por ferrocarril. Los segmentos no potencialmente competitivos comprenden la red de transmisión de electricidad, las vías de ferrocarril y el bucle local de telecomunicaciones; con frecuencia siguen regulados tras haberse completado el proceso de reforma del marco normativo. Es evidente que la falta de separación efectiva da poder en el mercado a compañías que operan infraestructuras de redes. Ese poder, ejercido a expensas de otros operadores y consumidores, debe controlarse.

2. ¿Cuál debería ser la función de los organismos de defensa de la competencia respecto a la regulación?

22. Desde el punto de vista de la estructura del mercado, se deberían consultar los organismos de defensa de la competencia cuando se esté llevando a cabo un proceso de reforma de marco normativo como parte de los programas de privatización. Esos organismos deberían recibir facultades legales para decidir la liquidación de los monopolios existentes o controlar o prohibir las fusiones que menoscaben las estructuras de competencia del mercado. Si no reciben esas facultades, por ejemplo por falta de recursos humanos, deberían poder proponer medidas de liquidación o controles de fusión a un organismo ejecutivo que tuviera esas facultades⁶. Ahora

⁵ R. G. Maru, "Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises in Papua New Guinea, quinto curso sobre políticas de la competencia del Programa Asociados para el Progreso del Foro CEAP, Bangkok, 2001.

⁶ Recientemente se ha señalado que, en los países en desarrollo de América del Sur, en muchos casos los organismos de defensa de la competencia no tienen la facultad de imponer sanciones o anular la decisión de los organismos reguladores. Se ha afirmado que, cuando las empresas reguladas gozan de inmunidad respecto a la legislación de defensa de la competencia, no hay

bien, es evidente que el esquema dominante de la distribución de funciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores rara vez consiste en que los organismos de defensa de la competencia sustituyan simplemente a los organismos reguladores.

23. Sin embargo, es interesante examinar la actual relación entre los organismos de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales en la mayoría de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). En una mesa redonda reciente sobre las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores, organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE, se trató de determinar las principales cuestiones de política planteadas por las relaciones entre los reguladores y los organismos de defensa de la competencia⁷. Un estudio de esas relaciones demuestra que el proceso de competencia puede fomentarse apropiadamente mediante la intervención de los organismos de defensa de la competencia cuando las empresas de un sector regulado abusan de sus privilegios en detrimento de los intereses del consumidor y de la eficiencia de las empresas que utilizan sus servicios regulados. La experiencia en materia de regulación de la mayoría de los países desarrollados permite formular las cuatro observaciones principales que figuran a continuación:

- En los países de la OCDE hay regímenes de regulación específicos en muchos sectores; dichos regímenes son particularmente comunes en sectores tales como las telecomunicaciones, la electricidad, los ferrocarriles y el gas natural. Sin embargo, esos regímenes también se encuentran en sectores como: radiodifusión y televisión, aviación civil, televisión por cable, navegación de altura, productos farmacéuticos, minerales radiactivos, bebidas alcohólicas, seguros, banca, transporte interurbano en autobús y transporte por carretera, y abastecimiento de agua, así como muchos otros sectores.
- No hay un modelo único de relación entre los reguladores específicos de determinados sectores y los organismos de defensa de la competencia entre los países o a veces incluso dentro de un mismo país. Sin embargo, un modelo particular, -el método de la división del trabajo según mandatos- parece ser algo más común que los otros. Es evidente, al menos, que los reguladores sectoriales deberían estar separados de las empresas o entidades reguladas y asumir obligaciones en materia de responsabilidad e independencia respecto al poder ejecutivo. Asimismo, deberían introducirse cambios institucionales para garantizar su independencia. Como han señalado recientemente de manera reiterada funcionarios de la República de Corea, dado que la aplicación

seguridad de que estarán debidamente reguladas a este respecto, de plantearse el caso, ya que los organismos reguladores carecen de personal especializado en la regulación de la competencia. En esos casos, cuando se detectan determinadas conductas y no interviene ningún organismo de defensa de la competencia a causa de la inmunidad mencionada, el organismo regulador no está legalmente facultado para intervenir. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los entes reguladores de energía de Colombia y la Argentina, que detectaron comportamientos abusivos entre los productores de gas pero no pudieron intervenir (De Leon, *op. cit.*, pág. 3).

⁷ Mesa redonda sobre la regulación y los organismos de defensa de la competencia organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia, París, OCDE, 1999 (véase la nota 2).

específica del derecho y la competencia en determinados sectores puede caracterizarse por incongruencias, los reguladores deberían consultar primero a los organismos de defensa de la competencia y actuar en coordinación con ellos⁸.

- En los países que llevaron a cabo la regulación un poco antes que otros, parece haber surgido un método bastante pragmático, que difiere empíricamente entre los distintos sectores. Los países que introdujeron la liberalización un poco más tarde parecen haber aplicado un método más sistemático.
- La terminología utilizada varía mucho de un país a otro. Algunos países distinguen entre regulación técnica, regulación económica y aplicación del derecho de la competencia, pero a veces la "política de la competencia" parece estar incluida en la "regulación económica". En algunos países de la OCDE también parece haber una tendencia a utilizar indistintamente "regulación económica" y "regulación técnica".

B. Definición de regulación

Por el término "regulación" se entiende los diversos instrumentos mediante los cuales los gobiernos imponen prescripciones a las empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, órdenes oficiales y oficiosas, orientaciones administrativas y normas subordinadas dictadas a todos los niveles de gobierno así como normas publicadas por órganos no gubernamentales u organismos profesionales de reglamentación autónoma en los que los gobiernos han delegado facultades de regulación.

24. La regulación puede perseguir distintos tipos de objetivos. La regulación económica, la regulación social y la regulación administrativa son las tres principales categorías de intervención estatal que pueden influir en el mercado. La *regulación económica* incluye las condiciones impuestas por el Estado que influyen directamente en las decisiones del mercado, como la fijación de precios, la competencia y la entrada en los mercados y la salida de éstos. La *regulación social* incluye las condiciones que impone el Estado para proteger intereses públicos tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la condición social. La *regulación administrativa* incluye los trámites y formalidades que permiten que los gobiernos recolecten información e intervengan en las distintas decisiones económicas. Debe darse a las autoridades encargadas de la defensa de la competencia, cuando elaboren sus principios de regulación, oportunidad de evaluar los posibles efectos de la regulación prevista teniendo en cuenta los principios de eficiencia (véase el recuadro 2).

⁸ Entre muchas otras exposiciones, véase Chul Ho Ji, *Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea*, quinto curso CEAP/PPE sobre política de la competencia del Programa Asociados para el Progreso del Foro (CEAP), Bangkok, 2001.

Recuadro 2

Principios de regulación eficiente para la eliminación de los obstáculos de la regulación a la competencia

Los principios de regulación eficiente deberían incorporarse en los procesos nacionales de regulación para el establecimiento de normas sociales y económicas y de formalidades administrativas. Son particularmente útiles para la integración económica regional. Esos principios son:

La no discriminación, especialmente en la esfera de las normas. Debería haber igualdad de oportunidades en materia de competencia entre los productos y servicios similares, sin que importe el país de origen. Como base de la regulación técnica deberían aplicarse normas de eficacia en vez de normas de diseño. En vez de la regulación deberían utilizarse los impuestos o los permisos canjeables. De proceder y ser factible, deberían aplicarse medidas internacionalmente armonizadas como base de la reglamentación nacional.

Reconocimiento de la equivalencia de las medidas reguladoras de otros países. Cuando no sea posible, necesario o conveniente, aplicar medidas internacionalmente armonizadas, los efectos negativos en los mercados transnacionales provocados por las disparidades en la regulación y los sistemas duplicativos de evaluación de la conformidad podrán reducirse reconociendo la equivalencia de las medidas reguladoras de los asociados comerciales o los resultados de la evaluación de la conformidad llevada a cabo en otros países.

Fuente: OCDE, *Report on Regulatory Reform*, París, 1997.

C. Definición de obstáculos de la regulación a la competencia

A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos a la entrada, los obstáculos a la regulación a la entrada son el resultado de leyes promulgadas o actos realizados por órganos ejecutivos gubernamentales, órganos autonómicos y órganos no gubernamentales o de regulación autónomos en los que los gobiernos han delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos de la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencia y otros permisos para iniciar operaciones comerciales.

25. Los obstáculos de la regulación a la competencia consisten en medidas adoptadas por la administración pública (administración central o federal, administración local) o por organismos en los que se han delegado funciones que impiden o entorpecen una competencia eficaz y, en última instancia, provocan una pérdida de riqueza. Esas medidas se encuentran en actividades tan diversas como las telecomunicaciones, los servicios financieros (banca y seguros), los servicios comerciales profesionales (contabilidad, abogacía, arquitectura, etc.), y el sector

energético (electricidad y gas), como pone de manifiesto una abundante literatura⁹. Estas medidas, que pueden afectar negativamente a la entrada en el mercado, la salida del mercado y el funcionamiento del mercado, adoptan una gran variedad de formas:

- restricciones a la competencia (es decir, introduciendo normas y pautas inhabituales que equivalen a obstáculos a la entrada en el mercado o impidiendo que las empresas extranjeras compitan en el mercado nacional);
- eliminación o exclusión de la competencia mediante la exclusión de ciertas actividades del alcance y ámbito de aplicación de las leyes de defensa de la competencia¹⁰; y
- creación de distorsiones a la competencia, como intervenciones artificiales del poder ejecutivo que cambian la posición competitiva de determinadas empresas (por ejemplo, mediante decisiones normativas arbitrarias en materia de compras del sector público).

26. Los obstáculos de la regulación a la competencia no sólo guardan relación con la entrada en el mercado, sino que también pueden impedir la salida del mercado, por ejemplo mediante la subvención pública o el otorgamiento o la prórroga de derechos exclusivos. Además, pueden dificultar la afectación de recursos a un sector o de un segmento del mercado a otro. Pueden considerarse obstáculos a la movilidad que impiden que los recursos sean transferidos a sectores o segmentos más eficientes y que al final reducirán la eficiencia de la afectación de recursos.

D. Protección del interés general

Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los gobiernos pueden considerar de interés general algunas actividades de servicios realizadas por compañías privadas o estatales. En consecuencia, los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deben establecerse en forma transparente.

27. En la elaboración de su sistema de regulación, varios países han definido la necesidad de proteger un "interés" general o público, responsabilidad que, por lo general, se delega en diversos tipos de autoridades o entidades públicas. Entre esas entidades, las unidades de administración local pueden participar de varias maneras en el funcionamiento del mercado.

⁹ Véase, en particular OCDE, *Report on Regulatory Reform*, vols. 1 y 2, París, 1997.

Con respecto a los países en desarrollo y los países en transición, véase D. Zemanovicova, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998, (publicado en el marco del programa Phare-ACE).

¹⁰ Véase, por ejemplo, OCDE, *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade*, París, 1996.

Por consiguiente, la interacción de la regulación y la competencia debe comprender un análisis del papel que desempeñan los gobiernos locales¹¹.

1. ¿Cómo se relaciona la protección del "interés general" con la regulación?

28. La protección del interés general suele ser la característica más frecuente de la regulación. En los casos en que se ha reconocido que la libre competencia no puede dar o no da suficientes resultados en lo que respecta a la calidad, la regularidad, la accesibilidad financiera, la cobertura territorial y la seguridad de los servicios de interés general, proporcionadas generalmente por las industrias de servicios de infraestructura, debería permitirse que los gobiernos impusieran normas no discriminatorias y transparentes a todos los operadores del mercado, obligándolos a cumplir ciertas normas durante todo el tiempo que estén operando en el mercado. Esta forma de garantizar los servicios de interés económico general, que favorece la competencia, ha sido objeto de una investigación y un estudio pormenorizado en la Unión Europea, en relación con la legislación destinada a liberalizar diversos sectores de la economía¹².

¹¹ Este párrafo y los análisis siguientes, inclusive el recuadro 4 sobre el sometimiento de los gobiernos locales a un examen de la competencia en la Unión Europea, se han incluido en el presente documento en vista de las reiteradas peticiones de la Federación de Rusia formuladas en las reuniones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia que se celebraron en 2000 y 2001.

¹² La política de liberalización de la Unión Europea figura en una serie de textos llamados "Directivas". Los principales textos jurídicos en que se incorporan la noción de servicios de interés general y disposiciones sobre competencia que preservan el interés general son los siguientes: la Directiva 71/305/CEE, (*OJEC 1971*, L 185/5) del Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, enmendada mediante la Directiva 89/440/CEE (*OJEC 1989*, L 210/1) y codificada mediante la Directiva 93/37 (*OJEC 1993*, L 199); la Directiva 77/62/CEE (*OJEC 1977*, L 13/1) del Consejo, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos del suministro codificada mediante la Directiva 93/96/CEE (*OJEC 1993*, L 199); la Directiva 89/665/CEE (*OJEC 1989*, L 395/33) del Consejo, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de examen para la adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, modificada mediante la Directiva 92/50 (*OJEC 1992*, L 209); la Directiva 90/531/CEE (*OJEC 1990*, L 297/1) del Consejo, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, codificada mediante la Directiva 93/38 (*OJEC 1993*, L 199); la Directiva 92/13/CEE (*OJEC 1992*, L 76/14) del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; la Directiva 92/50/CEE (*OJEC 1992*, L 209/1) del Consejo relativa a la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de los contratos de servicios públicos. Además, para determinar qué se entiende por "interés general", en sus Directrices de 1996 la Comisión Europea explicó que la extensión de las normas sobre competencia no sería incompatible con las obligaciones de servicio público que podrían imponer los organismos públicos a las entidades públicas o privadas que prestaran servicios para la protección de la

2. Regulación, competencia y gobiernos locales

29. Los Estados caracterizados por una marcada división federal de poderes entre las autoridades del Estado federal y los Estados federados o las autoridades regionales, los operadores han invocado muchas veces las regulaciones locales para defenderse de la aplicación del derecho de la competencia. Las empresas pueden tratar de obtener regulaciones especiales o inclusive subvenciones de las autoridades estatales locales. En el ejercicio de reforma de la regulación que se llevó a cabo en varios Estados miembros de la OCDE, entre ellos México y España, se puso muchas veces de relieve que esas regulaciones locales impiden el comercio interestatal y se hallan sometidas al control de las autoridades federales de defensa de la competencia¹³. En ciertas condiciones, el Tratado de la Unión Europea somete tanto a las empresas con derechos especiales y/o exclusivos que se benefician de subvenciones estatales y regionales o locales al control y supervisión de la Comisión de la Unión Europea encargada de aplicar las normas sobre competencia. Vale la pena estudiar este sistema porque trata diversas cuestiones relativas a la integración económica regional y a la interacción entre la regulación y la competencia (véase el recuadro 3).

Recuadro 3

Las autoridades regionales y las normas en materia de competencia: los instrumentos de la Unión Europea

La Unión Europea se creó recientemente en el Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero de 1992. Sin embargo las principales normas europeas sobre la competencia quedaron establecidas mucho antes en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el cual se creó la Comunidad Económica Europea, ahora llamada la Comunidad Europea, que es parte constitutiva de la Unión Europea. El Tratado de Maastricht ha sido modificado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que tuvo por resultado que se volvieran a numerar recientemente todas las disposiciones originales del Tratado de Roma, entre ellas las relativas a la competencia.

En 1957 el tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), denominado Tratado de Roma, decía en su artículo 3 f) -ahora artículo g) de la versión consolidada del Tratado- que la Comunidad debía establecer y mantener "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común". Además, la referencia explícita a las normas sobre competencia en la Constitución de la CE ha tenido un efecto importante y duradero en el proceso de adopción de decisiones de la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia (Tribunal de Apelación de las decisiones de la Comisión, en particular tratándose de la aplicación de las leyes sobre competencia) y el Tribunal de Justicia Europeo (Tribunal Supremo Europeo), que han interpretado varias veces las

cohesión económica y social, el medio ambiente, la planificación y la promoción de los intereses del consumidor, así como el aprovechamiento de la tierra. Véase Comisión Europea, *Communication on Services of General Interest in Europe*, Bruselas, septiembre de 1996.

¹³ Véase, por ejemplo, OCDE, *Review of Regulatory Reform in Spain*, París, 2000, pág. 164.

normas sobre competencia basándose en el artículo 3 g) a la luz de todas las disposiciones del Tratado de la Unión Europea.

En la actualidad, las normas de competencia de la Unión Europea figuran en las disposiciones del artículo 31 (antiguo artículo 37), 49 a 55 (antiguos artículos 59 a 66) y 81 a 90 (antiguos artículos 85 a 94). Como veremos más adelante, en lo que respecta a la regulación y desregulación, debe prestarse especial atención a los artículos 86 y 95.

Principios de integración del mercado

Muchas veces se olvidan los artículos 31 y 49 a 55 en la exposición de los principios que rigen la competencia en la Unión Europea. La integración del mercado debe considerarse como complementaria de las disposiciones sobre competencia que figuran en los artículos 81 a 90 y que están encaminadas a crear un entorno competitivo en el marco del Mercado Único Europeo. Los artículos 31 y 49 a 55 se refieren respectivamente a la regulación de los monopolios nacionales, la libre prestación de servicios y las regulaciones nacionales que limitan la libre prestación de esos servicios: una empresa de servicios manufactureros o de infraestructura puede considerar que no es capaz de competir en un mercado por muchas razones aparte del comportamiento anticompetitivo efectivo de corporaciones privadas o públicas -por ejemplo, porque una regulación nacional discrimina contra los operadores no nacionales o les cierra el mercado nacional. Además, puesto que las compras del sector público representan hasta un 11% del PIB de la Unión Europea, por iniciativa de la Comisión, el Consejo de Ministros de la Unión ha designado también una serie de "directivas" en relación con las políticas de compras del sector público de los Estados miembros que pueden ser discriminatorias contra empresas establecidas en otros Estados; esas directivas tienen por objeto abrir esas políticas de compra a licitaciones competitivas paneuropeas.

Los artículos 81 a 90 del Tratado de Roma son más conocidos que la mayoría de los demás artículos de dicho Tratado. Los artículos 81 y 82, que contienen disposiciones antitrust por las que se prohíbe respectivamente los acuerdos anticompetitivos y los abusos de una posición dominante, son el equivalente europeo de los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman de los Estados Unidos. Esos artículos 81 y 82 se aplican sobre todo al comportamiento anticompetitivo de las empresas privadas.

Regulación de la infraestructura

En lo que respecta a la relación entre la política de competencia y la regulación sectorial, el artículo 82, aplicado conjuntamente con el artículo 86, se ha usado para reprimir el comportamiento anticompetitivo de las empresas -de propiedad tanto privada como pública- que actúan en industrias de servicios de infraestructura. En la Unión Europea, el modelo de regulación está regido sobre todo por las disposiciones del artículo 86 (antiguo artículo 90) del Tratado de Roma modificado, que define el principio de liberalización. Conforme a sus disposiciones el derecho de competencia de la Unión Europea se aplica a las empresas públicas, así como a las empresas que disfrutaban de derechos especiales o exclusivos (es decir que disfrutaban de un estatuto de monopolio para desempeñar una actividad de servicio en el "interés económico general"): en relación con estas empresas, sean públicas o privadas, los Estados miembros no pueden otorgar derechos ni mantener regulaciones ("medidas" en la formulación de la Unión Europea) que

puedan impedir la aplicación de las normas sobre competencia prescritas en el Tratado. El principio enunciado en el artículo 86, que está basado en la competencia, es fortalecer la integración económica europea suprimiendo los derechos concedidos a los monopolios mientras esta supresión no entre en conflicto con los compromisos asumidos por los Estados miembros y la Unión Europea en relación con servicios de interés económico general.

En consecuencia, la Comisión de la Unión Europea encargada de aplicar el Tratado ha aprobado durante el último decenio una serie de decisiones y regulaciones que eliminan las barreras legales a la entrada de las industrias de servicios de infraestructura en los Estados miembros al tiempo que amplían la aplicación de las normas sobre competencia para abarcar las empresas que actúan en esos sectores, siempre que no resulten afectados los intereses generales.

Para definir lo que entiende por "interés general", la Comisión ha explicado en sus Directivas de 1996 que esta ampliación de las normas sobre competencia no sería contraria a las obligaciones del servicio público impuestas por las autoridades a las entidades -públicas o privadas- que prestan servicios con objeto de proteger la cohesión económica y social, el medio ambiente, la planificación y la promoción de los intereses de los consumidores y el aprovechamiento de la tierra.

Además, el principio de apertura a la competencia o la "liberalización" a que se refiere el artículo 86 queda complementado por el principio de "armonización" contenido en el largo y complejo procedimiento previsto en el artículo 95 (antiguo artículo 100-A) del Tratado. Las disposiciones del artículo 95 tienen por objeto reunir las leyes de los Estados miembros o, en otras palabras, "armonizar" estas leyes estableciendo procedimientos con arreglo a los cuales tanto la Comisión como el Consejo de Ministros de la Unión Europea pueden adoptar "directivas" que imponen a los Estados miembros la supresión de barreras a la creación y la integración del mercado interno.

De manera más específica, en el caso de las industrias de servicios de infraestructura, este principio de armonización implica que la Comisión puede proponer al Consejo de Ministros las condiciones en que los Estados miembros deben hacer concordar o "armonizar" sus regímenes regulatorios por sectores a fin de adelantar la integración del mercado europeo. Si bien la aplicación del artículo 86 parece constituir sobre todo una reacción ante el comportamiento individual de Estados o empresas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos según los distintos casos, la aplicación del artículo 95 es más dinámica y tiene por objeto organizar un marco armonizado de normas regulatorias a fin de garantizar la seguridad en el mercado interno a las empresas y los inversores así como a unificar de manera efectiva el mercado único en favor de las empresas que actúan en el campo de las industrias de servicios de infraestructura.

Subsidios públicos

Por último, debe ponerse de relieve el hecho de que los artículos 88 a 90 otorgan a la Comisión facultades para tratar las ayudas otorgadas por los Estados que pueden distorsionar la competencia en el Mercado Único Europeo. Se trata de una característica única en el mundo de las autoridades y reguladores de defensa de la competencia en el sentido de que otorga a un órgano un instrumento tan poderoso para prohibir a los Estados

que distorsionen la norma de competencia. Aun si las excepciones son aceptables, la Comisión las vigila de manera pública y transparente y ha desarrollado una importante jurisprudencia sobre la cuestión.

En el párrafo 1 del artículo 88 se dispone que "salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones". Sin embargo en el párrafo 3 del artículo 88 se deja a discreción de la Comisión la posibilidad de analizar o autorizar otras ayudas -por ejemplo, las destinadas a favorecer el desarrollo económico a regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, o las ayudas para fomentar la organización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, así como en el párrafo 2 del artículo 88 se especifica que las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales y las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional son compatibles con el mercado común.

En lo que respecta a las ayudas del Estado, el artículo 89 tiene también interés porque se refiere a cuestiones de procedimiento que se examinarán con cierto detalle en la sección siguiente. Conforme a este artículo, la Comisión puede adoptar una decisión -publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*- en el sentido de que la ayuda otorgada por un Estado es incompatible con el Mercado Común y debe suprimirse o modificarse. Si el Estado miembro no cumple esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado miembro pueden recurrir directamente al Tribunal de Justicia Europeo, según un procedimiento simplificado y acelerado. También puede solicitarse el reembolso de las ayudas atribuidas indebidamente. Además, antes de concederse las ayudas, los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas deben comunicarse a la Comisión con antelación suficiente para que ésta pueda presentar sus observaciones, y las ayudas no deben hacerse efectivas hasta que la Comisión no haya tomado una decisión. En otras palabras, el Tratado de Roma ha debido organizar una transferencia considerable de soberanía para resolver los problemas planteados por la participación directa del Estado en la economía, y la entrada en vigor en 1999 de una reglamentación de procedimiento sobre las ayudas otorgadas por los Estados ha sido un logro importante. Esta regulación codifica las normas de procedimientos y las hace transparentes, aumentando así la seguridad jurídica. La Comisión puede realmente obligar a los Estados miembros a que exijan la recuperación provisional de la ayuda concedida ilegalmente. También fija plazos para las decisiones relativas a las ayudas otorgadas por el Estado. Se están preparando otras mejoras tales como las regulaciones de exención por categorías, un registro público y un cuadro indicativo en el cual se indiquen las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de ayudas estatales, añadiendo así la presión de los países asociados a los instrumentos de aplicación de las normas.

Fuente: Comisión de la Unión Europea.

III. POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 6: NOTIFICACIÓN, INVESTIGACIÓN Y PROHIBICIÓN DE FUSIONES QUE AFECTAN MERCADOS POCO COMPETITIVOS

A. Notificación

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

- a) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
- b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de éste, 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 de que se trata.

B. Prohibición

31. Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogénea, deben 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); y
- b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de éste, 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.

C. Procedimientos de investigación

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

33. En particular, ninguna empresa debería, en los supuestos a que se refieren las anteriores subsecciones, realizar una fusión hasta la expiración de un plazo de espera de un determinado número de días contados desde la fecha de expedición del resguardo de la notificación, a menos que los órganos de defensa de la competencia abrevien dicho plazo o lo prorroguen por un período adicional que no exceda de un determinado número de días con el consentimiento de las empresas interesadas, de conformidad con las disposiciones de los posibles elementos del artículo 7. El órgano de defensa de la competencia podría estar facultado para requerir a las

partes y a las empresas en el ramo del comercio o el mercado pertinente afectados para que presenten documentos o deduzcan testimonio, manteniéndose la suspensión de la ejecución de la operación por un tiempo suplementario cuando las partes se demoren en responder.

34. Si, concluida la vista ante el órgano de defensa de la competencia o un tribunal, la conclusión a que se hubiere llegado fuere contraria a la operación, se podría decidir impedir o incluso deshacer las adquisiciones o fusiones que pudieran disminuir 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.

IV. COMENTARIO AL ARTÍCULO 6

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control¹⁴, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo deben notificarse:

- i) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y*
- ii) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o una parte sustancial de ésta, en relación con cualquier producto o servicio, dé lugar a una empresa dominante o a una reducción considerable de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.*

A. Definiciones

35. La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, como la vinculación por medio de consejeros comunes. Fusión es la unión de dos o más empresas como resultado de la cual una o varias de ellas pierden su identidad y se crea una empresa única. La absorción de una empresa por otra generalmente entraña la compra de la totalidad o de un número suficiente de acciones de otra empresa que le permita ejercer el control y puede efectuarse sin el consentimiento de la primera empresa. La empresa conjunta supone la creación de una empresa distinta por dos o más empresas.

36. Tales adquisiciones de control posiblemente lleven, en algunos casos, a una concentración de poder económico que puede ser horizontal (por ejemplo, la adquisición de un competidor), vertical (por ejemplo, entre empresas en diferentes escalones del proceso de fabricación y distribución) o heterogénea (que abarca diferentes tipos de actividades). En algunos casos, tales concentraciones pueden tener al mismo tiempo carácter horizontal y vertical. Las empresas implicadas pueden ser originarias de uno o de varios países. En el recuadro 4 se resumen las razones principales para instituir el control de las fusiones.

¹⁴ Hasta ahora, el control de las fusiones se ha presentado en la Ley tipo, como en el Conjunto, en relación con el concepto de "abuso de una posición de dominio". En consonancia con la legislación moderna en materia de competencia, ahora se propone incluir en la Ley tipo una disposición separada sobre el control de las fusiones.

Recuadro 4

¿Por qué instituir un control de las fusiones?

Algunos países con mercados más pequeños estiman que el control de las fusiones es innecesario porque no desean impedir la reestructuración de las empresas que intentan alcanzar una "masa crítica" que les permita ser competitivas en los mercados mundiales. Otros opinan que poseer un "campeón nacional", aun abusando de una posición de monopolio interno, quizás permita a éste ser competitivo en el extranjero, en terceros mercados. Esos puntos de vista suscitan dos objeciones. En primer lugar, sucede a menudo que los monopolios gocen de su "renta de monopolio" sin hacerse más competitivos en el extranjero, a costa de los consumidores internos y, finalmente, del desarrollo de la economía en su conjunto. En segundo lugar, si el mercado local es un mercado abierto a la competencia de las importaciones y la inversión extranjera directa (IED), el mercado mundial puede ser el mercado pertinente a efectos del ejercicio del control y el proveedor interno único ser autorizado en cualquier caso a llevar a efecto la fusión. Se debe señalar también que no tiene sentido prohibir un cártel cuando no se es capaz al mismo tiempo de actuar contra sus miembros si éstos fusionan. Además, el país anfitrión que no dispone de un sistema de control de las fusiones se priva de la posibilidad de impugnar las fusiones y adquisiciones que tengan efectos perjudiciales en el territorio nacional.

Como regla general, el control de las fusiones tiene por objeto impedir la creación, por medio de adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas que se vean inducidas a ejercer un poder de mercado y tengan capacidad para ello. Se estima que las fusiones en mercados extraordinariamente poco competitivos, o que crean empresas con cuotas de mercado excepcionalmente elevadas, tienen mayores probabilidades de afectar la competencia.

Según el grado de experiencia de los órganos de defensa de la competencia y según las jurisdicciones, la legalidad de una fusión se determina con arreglo a la normativa aplicable a las posiciones de dominio o las restricciones, o se elabora un criterio separado concebido en función de los efectos reales o potenciales sobre la competencia y el proceso competitivo. Por ello, en versiones anteriores de la Ley tipo el control de las fusiones se incluía en los posibles elementos de los artículos relativos al abuso de una posición dominante.

La mayoría de los regímenes de control de las fusiones aplican algún criterio basado en la cuota de mercado, bien como guía para la continuación de la investigación, bien como presunción de legalidad. La mayoría de esos regímenes establecen procedimientos de notificación previa a los órganos de defensa de la competencia, antes de las operaciones más amplias e importantes, y procedimientos especiales de investigación previa y acelerada, para determinar los problemas que se plantean y resolverlos antes de que se proceda efectivamente a la reestructuración después de realizada la operación de fusión.

El análisis del control de las fusiones comprende los aspectos siguientes:

- Definición del mercado pertinente en función de la línea de productos o el ámbito geográfico;
- Identificación de los productos real o potencialmente competidores;
- Empresas que pueden competir;
- Cuotas e importancia estratégica respectivas de esas empresas con respecto a los mercados del producto;
- Probabilidad de nueva entrada y existencia de barreras efectivas a la nueva entrada.

B. Notificación y criterios de notificación

37. Muchos Estados han establecido, a fin de controlar las fusiones y otros modos de adquisición de control, un sistema de notificación previo a la consumación de las fusiones, como es el caso en los Estados Unidos y en la Unión Europea. Varios países han optado por un sistema de notificación obligatorio después de realizada la fusión, y algunos solo han sometido el control de las fusiones a un procedimiento de notificación voluntaria. En el cuadro del anexo 2 (TD/RBP/CONF.5/7) figura una enumeración de los países comprendidos en estas tres categorías. En la mayoría de países, la notificación sólo es obligatoria cuando las empresas de que se trata poseen, o alcanzarán probablemente, cierto grado de concentración. En los cuadros del anexo 3 figuran ejemplos detallados de cuándo se aplican los regímenes de notificación obligatoria (*ex ante* y *ex post*) o de notificación voluntaria de varios países, con datos acerca del régimen de control de fusiones de determinados países desarrollados y en desarrollo y países en transición en su conjunto.

38. Los principales indicadores utilizados para examinar esa concentración de poder económico son las cuotas de mercado, el volumen anual total de negocios, el número de empleados y el activo total. Para evaluar los efectos de una adquisición también se tienen en cuenta otros factores, en especial la estructura general del mercado, el grado existente de concentración del mercado, la barreras a la penetración en el mercado y la posición competitiva de otras empresas en el mercado pertinente, así como las ventajas de que se goce y las que vayan a obtenerse mediante la adquisición. Es importante señalar que los sistemas de autorización no deben interpretarse de forma que desalienten la iniciación por las empresas de actividades favorables a la competencia. En la Unión Europea, la obligación de notificar una concentración depende del volumen de negocios de la empresa de que se trate en el plano mundial, comunitario o nacional¹⁵.

¹⁵ Información facilitada por la Comisión de las Comunidades Europeas. Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de

39. Por ejemplo, la Unión Europea adoptó en 1989 un sistema general de control de las fusiones en virtud del reglamento N° 4064/89. Dicho reglamento fue modificado ampliamente en 1997. El reglamento sobre fusiones se basa en el principio de la "ventanilla única": tan pronto como una operación da lugar a la intervención de la autoridad europea competente (es decir, la Comisión Europea por medio de su Dirección General de Defensa de la Competencia), los órganos nacionales de defensa de la competencia de los Estados miembros no pueden aplicar a la operación sus propias leyes sobre la competencia (salvo en casos muy limitados). La aplicación de este principio tiene por objeto ofrecer a las empresas una mayor seguridad jurídica con respecto a las operaciones internacionales (que en otro caso quedarían sujetas al examen de una pluralidad de órganos nacionales de control de las fusiones). El principio de la "ventanilla única" ha quedado reforzado con la modificación, en un intento por reducir la necesidad de que la colectividad empresarial deba presentar múltiples solicitudes de autorización a los organismos nacionales de reglamentación de las fusiones.

40. Hasta el 1° de marzo de 1998, el reglamento exigía la notificación de todas las fusiones o adquisiciones entre empresas cuando su volumen de negocios total superase los 5.000 millones de euros y el volumen de negocios de cada una de ellas, en la Comunidad, fuera de 250 millones de euros por lo menos, a menos que cada una de las partes obtuviese más de los dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en el mismo Estado miembro. Después del 1° de marzo de 1998, el reglamento sobre fusiones se ha aplicado también a concentraciones más pequeñas que tienen importantes repercusiones en tres Estados miembros por lo menos. El ámbito de aplicación del reglamento abarca las concentraciones en que el volumen de negocios total de las partes, en la Comunidad, supera los 2.500 millones de euros, y en que el volumen de negocios de cada una de dos partes por lo menos, en la Comunidad, excede de 100 millones de euros y en que el volumen de negocios total de todas las partes en cada uno de tres Estados miembros por lo menos excede de 100 millones de euros y el volumen de negocios de cada una de dos partes por lo menos en cada uno de los tres Estados miembros mencionados excede de 25 millones de euros, a menos que cada una de las partes obtenga más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en el mismo Estado miembro.

41. Tales operaciones tienen que ser notificadas y pueden ser suspendidas durante un plazo de cuatro meses como máximo si son investigadas. Es raro que las sociedades incumplan su obligación de notificar: en la Unión Europea, por ejemplo, en diez años de práctica de velar por la observancia de la ley la Comisión impuso por primera vez una sanción pecuniaria a una empresa por no haber notificado a tiempo una concentración sólo en 1998¹⁶. Las fusiones que no alcancen el umbral indicado pueden seguir sujetas al control de las autoridades nacionales del

concentración entre empresas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 395/1, de 30 de diciembre de 1989, en particular el artículo 1.

¹⁶ Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 395/1, de 30 de diciembre de 1989, enmendado por el Reglamento del Consejo (CE) N° 1310/97 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 180, 9 de julio de 1997).

Estado miembro¹⁷. Asimismo, existen excepciones que, en todo caso, pueden hacer que una fusión vuelva a caer dentro del ámbito de competencia de un Estado miembro¹⁸.

C. Tipos de concentraciones

42. Las adquisiciones de control de carácter horizontal son evidentemente el tipo de actividad que contribuye más directamente a la concentración de poder económico y que tiene más probabilidades de traducirse en una posición dominante en el mercado, reduciendo o eliminando así la competencia¹⁹. Esta es la razón por la cual la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas de muchos países desarrollados y países en desarrollo aplica un control estricto a la fusión o integración de empresas competidoras. De hecho, uno de los fines principales de la legislación de represión de los monopolios ha sido el control del crecimiento del poder monopolístico que a menudo se crea como resultado directo de la integración de competidores en una sola unidad. Las adquisiciones de control de carácter horizontal no se limitan a las fusiones sino que también pueden realizarse por medio de absorciones, empresas conjuntas o la vinculación por consejeros comunes. La adquisición de control de carácter horizontal, incluso entre pequeñas empresas, aunque no redundan necesariamente en perjuicio de la competencia en el mercado puede, sin embargo, crear unas condiciones que provoquen una nueva concentración de poder económico y de oligopolio.

43. Cuando la adquisición de control se efectúa mediante el establecimiento de una empresa conjunta, lo primero que hay que plantearse es si el acuerdo es del tipo de los que prohíbe el artículo 3 y si entraña acuerdos de repartición del mercado o puede dar lugar a la repartición de las ventas y la producción.

44. Las adquisiciones de control de carácter vertical afectan a empresas que se encuentran en escalones diferentes del proceso de producción y distribución y pueden producir una serie de efectos perjudiciales. Por ejemplo, una empresa proveedora que fusiona con una empresa cliente o adquiere su propiedad puede ampliar su control sobre el mercado al excluir un punto de distribución efectivo o potencial de los productos de sus competidores. Mediante la adquisición de una empresa proveedora, una empresa cliente puede asimismo limitar el acceso al mercado de los suministros de sus competidores.

¹⁷ En el documento TD/B/RPB/80/Rev.1 figura un análisis detallado de la concentración del poder de mercado mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, y sus efectos en los mercados internacionales, en particular los mercados de los países en desarrollo.

¹⁸ En el artículo 9 del Reglamento N° 4064/89 del Consejo figuran las disposiciones relativas a la remisión del caso a las autoridades competentes de los Estados miembros.

¹⁹ Por ejemplo, la Oficina de Comercio Leal coreana declaró ilegal la concentración entre dos empresas que controlaban, respectivamente, el 54 y el 19% del mercado de estabilizadores de cloruro de polivinilo. Se ordenó a la compañía adquirente que vendiera las acciones. Con referencia al asunto Dong Yang Chemical Industrial Co., 1 KFTC 153, de 13 de enero de 1982.

45. Las adquisiciones de control de carácter heterogéneo que no consisten en la unión de competidores ni en el establecimiento de relaciones verticales (es decir, formas de diversificación de actividades para dedicarse a sectores totalmente ajenos) son más difíciles de regular, ya que la estructura de la competencia en los mercados pertinentes puede no cambiar en apariencia. El elemento más importante que debe tomarse en consideración en este contexto es el aumento del potencial financiero de las partes interesadas a que puede dar lugar el acuerdo. Un aumento considerable de la fuerza financiera de la empresa fusionada puede proporcionar un margen más amplio de actuación e influencia frente a los competidores o los competidores en potencia de la empresa adquirente y la empresa adquirida, especialmente si una de ellas o las dos gozan de una posición dominante en el mercado²⁰.

46. En varios casos ocurridos recientemente en la Unión Europea, se ha considerado que los efectos de carácter heterogéneo tienen consecuencias anticompetitivas. La CE estima que esas consecuencias anticompetitivas se presentan cuando se cumplen una serie de condiciones, es decir cuando las fusiones permiten el ejercicio de poder de mercado, eliminando así a los rivales, reduciendo la posibilidad de elección de consumidores y, en última instancia, causando una pérdida de bienestar. Por consiguiente, como punto de partida, la existencia de poder de mercado es una condición necesaria de la viabilidad, la probabilidad y la rentabilidad de las prácticas de utilización de una posición dominante. El carácter complementario de los mercados de productos también es importante. Es más probable que, cuando los productos complementarios son muy semejantes (por ejemplo, en los sectores de bebidas espirituosas y otras bebidas), susciten oportunidades de utilización de la posición dominante debido a que esos productos complementarios se venden a los mismos tipos de clientes y son considerados por éstos como parte indispensable de sus necesidades. Este fue el caso, en 2001, de la conocida decisión de la Comisión de la Unión Europea en el caso de la fusión GE/Honeywell. En este caso, que aún no se había publicado en junio de 2002, la Comisión de la Unión Europea consideró que la fusión GE/Honeywell hubiera unido a la empresa dominante de un mercado y al abastecedor principal (no necesariamente dominante) en otro mercado. En particular, "la combinación de las actividades de estas dos empresas habría creado posiciones dominantes en los mercados de suministro de aviónica, no aviónica y motores a reacción para aviones corporativos, y consolidado las actuales posiciones dominantes de GE en motores de reacción para grandes aviones comerciales y regionales"²¹. Este riesgo de utilización de la fuerza de mercado también existía en el caso Tetra Laval/Sidel, en el cual la Comisión prohibió asimismo la fusión prevista. En este caso, se comprobó que Tetra Laval, la empresa adquirente, disponía de una posición dominante en el mercado de envasados de cartón mientras que Sidel, la empresa adquirida, era la más importante en el mercado de sistemas de envasados PET (plástico). Aunque ambos mercados estaban claramente separados, parecían estar también estrechamente relacionados para los consumidores de los productos en cuestión. La Comisión de la Unión

²⁰ Según la experiencia de los Estados Unidos, es muy poco probable que las fusiones de carácter heterogéneo planteen problemas de competencia (comentario transmitido por el Gobierno de los Estados Unidos). En el Reino Unido, es poco probable que una fusión se someta a control si no hay superposición en ningún mercado (comentario transmitido por el Gobierno del Reino Unido).

²¹ Comisario Mario Monti, citado en un comunicado de prensa de la Comisión de la Unión Europea el 3 de julio de 2001, "La Comisión prohíbe la adquisición de Honeywell por GE".

Europea consideró que la entidad que llevaría a cabo la fusión, al hacer uso de su posición dominante en el mercado de envasados de cartón, hubiera podido aumentar su porción de dominio al mercado de envasados PET, puesto que la industria de bebidas aumentará cada vez más su demanda de usar para sus productos tanto los envasados de cartón como los envasados PET. En consecuencia, en la medida en que Tetra Laval tiene una base de clientes que depende de ella y que muchas veces ha concertado desde hace tiempo acuerdos exclusivos de compra, la entidad resultante de la fusión estaría en una posición ideal para alentar a esos mismos clientes a que compraran no sólo los sistemas de envasados de cartón sino también los sistemas de envasados PET. Basándose en las experiencias adquiridas por la Comisión en las prácticas de esta industria, se concluye que esto llevaría inevitablemente a la nueva empresa a tratar de llevar a cabo prácticas de ventas vinculadas o agrupadas en su relación con los clientes²².

47. Toda fusión, absorción u otra adquisición de control en que intervenga una sociedad transnacional debe someterse en todos los países en que realice operaciones a un examen minucioso, pues esas adquisiciones de control, independientemente de que se efectúen exclusivamente dentro de las fronteras de un país o en el extranjero, pueden tener efectos directos o indirectos en las operaciones de otras unidades de la entidad económica.

48. En Australia, por ejemplo, se han adoptado disposiciones por las que se modifica la Ley sobre las prácticas comerciales, de 1986 con objeto de reformar y mejorar su eficacia; se ha ampliado el ámbito de aplicación de la Ley para que abarque las fusiones en el extranjero de empresas extranjeras con filiales en Australia. El párrafo 1 del artículo 50 A dispone que el Tribunal podrá, a petición del Ministro, de la Comisión o de cualquier otra persona, declarar que la persona que, como consecuencia de una adquisición en el extranjero obtenga una participación mayoritaria (en el sentido del párrafo 8 del artículo 50 A) en una o varias sociedades, domina o puede dominar un mercado importante de bienes y servicios en Australia, y que tal adquisición no redundará en beneficio del interés público. La expresión "mercado importante de bienes o servicios" se utiliza para poner claramente de manifiesto que esta disposición sólo se aplica a los mercados de importancia análoga a los mercados a que se refiere el artículo 50.

49. Las decisiones adoptadas por la Oficina Federal de Cárteles de Alemania en los asuntos de las fusiones Bayer/Firestone y Phillip Morris/Rothmans constituyen ejemplos interesantes de medidas contra fusiones internacionales realizadas fuera de las fronteras nacionales pero con efectos en el territorio nacional²³. Es de señalar que existen varios casos de prácticas comerciales restrictivas que han tenido efectos en varios países y que, por consiguiente, varias autoridades nacionales han tenido que conocer de ellos. Cabe destacar especialmente el asunto Gillete/Wilkinson²⁴.

²² Véase el comunicado de prensa de la Comisión de la Unión Europea "La Comisión adopta una decisión para el enajenamiento de las acciones de Tetra Laval en Sidel".

²³ Véase una reseña completa de esos asuntos en el documento TD/B/RBP/48, párrs. 12 a 22.

²⁴ La empresa estadounidense Gillette adquirió el 100% de la Wilkinson Sword, empresa británica, con la excepción de las actividades basadas en la Unión Europea y en los Estados Unidos. Debido a los reglamentos de control de las fusiones en la Unión Europea y en los

Estados Unidos, Gillette sólo había adquirido hasta entonces el 22,9% de participación en el capital sin derecho de voto en la Eemland Holding N.V., empresa neerlandesa que es el único accionista de la Wilkinson Sword Europe, pero con unos acuerdos adicionales que preveían una influencia importante, desde el punto de vista competitivo, sobre la Eemland y, por consiguiente, también sobre la Wilkinson Sword Europe. Gillette y Wilkinson son los fabricantes mundiales más importantes de productos para el afeitado, incluidas las hojas y las máquinas de afeitar, que es el mercado pertinente tal como lo definieron todas las autoridades que intervinieron en el asunto. Aunque las cuotas de mercado de las dos empresas variaban según el país, ocupaban en la mayoría de los mercados geográficos pertinentes las dos posiciones más importantes. En la mayoría de los países de Europa occidental, Gillette y Wilkinson representaban conjuntamente una cuota de mercado del 90% aproximadamente. En marzo de 1993, Eemland vendió su empresa Wilkinson Sword a Warner Lambert y retransfirió las marcas y los negocios en los distintos países no miembros de la Unión Europea. Estas transacciones dieron lugar a la presentación de demandas por prácticas contrarias a la competencia en 14 jurisdicciones de todo el mundo. Este caso ilustra muy bien los problemas que pueden plantear los asuntos de ámbito internacional porque pueden causar efectos contrarios a la competencia en muchos países y, por consiguiente, dar lugar a muchas demandas con arreglo a leyes diferentes. Para las empresas afectadas, así como para las administraciones interesadas, estos asuntos pueden entrañar operaciones sumamente costosas en términos de recursos humanos y financieros. Es evidente que estos problemas no existirían si estos asuntos pudieran tratarse con arreglo a una sola ley y ante una sola autoridad. Como esta autoridad no existe, parece que tanto a las empresas participantes como a las autoridades de defensa de la competencia les interesa que exista una estrecha cooperación entre las autoridades de los distintos países. Para otros casos, véase: "Casos de prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos en más de un país, en particular en los países en desarrollo y en otros países, con conclusiones generales acerca de las cuestiones planteadas por estos casos" (UNCTAD, TD/RBP/CONF.4/6). La fusión Boeing-McDonnell Douglas es también un caso de gran interés, puesto que la transacción propuesta, que fue notificada tanto a las autoridades encargadas de la competencia de los Estados Unidos como de la Unión Europea, llevó en un primer momento a que estas dos autoridades adoptaran posiciones divergentes en cuanto a la conveniencia de permitir la fusión. La fusión de Boeing y McDonnell Douglas Corp. debía unir a los dos principales participantes en la industria de la aviación civil internacional, con sede en los Estados Unidos, con lo cual subsistiría sólo otro competidor principal, el grupo Airbus con sede en Europa. En los Estados Unidos, la autoridad examinadora, la Comisión Federal de Comercio, decidió no oponerse a la transacción debido a que, a su juicio, McDonnell Douglas no era ya en muchos aspectos un competidor fuerte. Se consideraba que el hecho de que Boeing adquiriera una empresa en mala situación no afectaba negativamente la situación de la competencia en ese ramo comercial. Por el contrario, de conformidad con la jurisprudencia relativa al intento de fusión que se había prohibido en 1991 entre Alenia-Aérospatiale con sede en Europa y De Havilland (esta última una empresa canadiense en mala situación, subsidiaria de Boeing Co.), la Comisión de la UE, al ser notificada por Boeing Co. de su intención de absorber a McDonnell Douglas Corp., opuso reparos fundamentales a la fusión que, al parecer, podía tener por consecuencia una situación sin salida y expresó preocupaciones ante las posibles repercusiones más amplias que podría tener sobre el comercio internacional el hecho de no lograrse un consenso. Se encontró una solución cuando Boeing Co. aceptó en un compromiso sobre la supresión de los contratos exclusivos a largo plazo que había negociado anteriormente con aerolíneas norteamericanas así como sobre otras

50. 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. Este tipo de vinculación abarca los consejeros comunes a sociedades matrices, a la casa matriz de una empresa y la filial de otra sociedad matriz o a filiales de matrices diferentes. Estas situaciones suelen derivarse de la propiedad común de acciones y de lazos financieros.

51. La vinculación mediante consejeros comunes puede afectar a la competencia de varias maneras. Puede dar lugar a un control administrativo en virtud del cual las decisiones relativas a las inversiones y la producción se traduzcan en realidad en la formulación de estrategias comunes entre empresas en materia de precios, repartición de mercados y otras actividades concertadas del tipo examinado en relación con el artículo 3. La vinculación mediante consejeros comunes en el plano vertical puede dar lugar a la integración vertical de actividades como, por ejemplo, entre proveedores y clientes, desalentar la expansión en esferas competitivas y conducir a acuerdos recíprocos entre ellos. Los vínculos entre los consejos de administración de empresas financieras y empresas no financieras pueden originar condiciones discriminatorias de financiación para los competidores y actuar como catalizador de adquisiciones de control de carácter vertical-horizontal o heterogéneo²⁵.

52. Es importante señalar que la vinculación por medio de consejeros comunes, si no se controla eficazmente, puede utilizarse como medio de eludir toda legislación bien formulada y rigurosamente aplicada en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas²⁶. Por consiguiente, los Estados tal vez deseen hacer obligatoria la notificación de las vinculaciones mediante consejeros comunes y la aprobación previa de ese tipo de vinculaciones, independientemente de que se efectúen entre competidores o sean de carácter vertical o heterogéneo.

cuestiones. Para más detalles, véase Comisión de la UE, *XXVIIth Annual Report on Competition Policy 1997*, Luxemburgo, 1998. Para un examen interesante de los puntos de vista de la Unión Europea y los Estados Unidos, véase William E. Kovacic, "Transatlantic Turbulence: The Boeing-MacDonnell Douglas Merger and International Competition Policy", *Antitrust Law Journal*, 68 (3), 2001, 805 a 873.

²⁵ Obsérvese que en virtud de la legislación del Reino Unido, la vinculación mediante consejeros comunes no constituye, por sí sola, una situación de fusión. Es más probable que una vinculación mediante consejeros comunes, sin un intercambio considerable de acciones, dé lugar a acuerdos restrictivos, pero no a fusiones. Comentario transmitido por el Gobierno del Reino Unido.

²⁶ La situación no tiene que examinarse sólo en lo concerniente a los consejos de administración. En los Estados Unidos es ilegal, no sólo que un miembro del consejo de administración de una sociedad sea también miembro del consejo de administración de una sociedad competidora, sino también que lo sea uno de sus ejecutivos.