

308909

17
24



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

REGULACION DE LA FUSION EN MEXICO
Y EN LA COMUNIDAD EUROPEA:
UN ANALISIS COMPARATIVO DESDE EL PUNTO DE
VISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA
ECONOMICA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
L I C E N C I A D O EN DERECHO
P R E S E N T A
M A U R I C I O GARATE MEZA

MEXICO, D. F.

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

308909



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS:

A Dios, sobre todo; todos los días.

A mi madre, Guadalupe Meza Staines, por sus inagotables muestras de amor, confianza, dedicación y fe.

A mi hermana y hermanos, Gabriela, Juan José y Lorenzo, por su apoyo y cariño y por seguir siempre unidos.

A Zoran, Jenny y Carmina.

A mi esposa, Marianna, por su amor y su paciencia, pero sobre todo, por motivarme para ser mejor cada día.

A mi padre, Juan José Gárate López.

A Hans Goebel Caviedes, por su amistad, su consejo y su apoyo.

A Ritch, Heather y Mueller, S.C., por el apoyo y la confianza y por contribuir a mi formación personal y profesional.

A Ignacio Armida Graham y Jorge Madrazo de la Garza, por haber confiado en mí, a pesar de las circunstancias.

A todos mis amigos, por estar siempre a mi lado.

A todos mis profesores de la Universidad Panamericana.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

Al Lic. Javier Aguilar Álvarez de Alba, por su paciencia y su inapreciable contribución y orientación en el desarrollo de la presente tesis.

REGULACIÓN DE LA FUSIÓN EN MÉXICO Y EN LA COMUNIDAD EUROPEA:
UN ANÁLISIS COMPARATIVO DESDE EL PUNTO DE VISTA
DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA.

ÍNDICE.

	Pág.
ÍNDICE	i
ABREVIATURAS Y DEFINICIONES	iv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUSIÓN EN EL DERECHO MEXICANO	
	6
I.1 Diferentes conceptos de fusión	6
I.2 Clases de fusión desde el punto de vista jurídico ...	11
I.2.1 Fusión por incorporación o asociación	12
I.2.2 Fusión por integración o acumulación	13
I.3 Clases de fusión desde el punto de vista de la competencia económica	14
I.3.1 Fusión vertical	14
I.3.2 Fusión horizontal	15
I.3.3 Fusión heterogénea	16
CAPÍTULO II	
REGULACIÓN DE LA FUSIÓN EN MÉXICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA	
	18
II.1 Antecedentes	18
II.2 Disposiciones constitucionales	22
II.3 La Ley Federal de Competencia Económica	25
II.3.1 Entorno económico y político	26
II.3.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte	29
II.3.3 Objetivo de la Ley Federal de Competencia Económica	32
II.4 El Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica	33

II.5	La Comisión Federal de Competencia	37
II.6	Leyes sectoriales	45
CAPÍTULO III		
LA FUSIÓN DENTRO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y DE SU REGLAMENTO		50
III.1	Regulación en la Ley Federal de Competencia Económica	51
III.2	Regulación en el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica	58
III.3	Criterios para la investigación de Concentraciones	66
III.3.1	Mercado relevante	67
III.3.1.1	Características generales del mercado relevante	68
III.3.1.2	Procedimiento para la determinación del mercado relevante	70
III.3.1.3	Dimensión geográfica del mercado Relevante	76
III.3.2	Análisis de concentración	79
III.3.2.1	Índice Herfindahl	80
III.3.2.2	Índice de Dominancia	81
III.3.2.3	Estimación de los índices	83
III.3.3	Poder substancial	85
III.3.4	Ganancias en eficiencia	87
III.4	Procedimiento para la notificación de una fusión	88
CAPÍTULO IV		
REGULACIÓN DE LA FUSIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA		94
IV.1	El Tratado de Roma	95
IV.1.1	Artículo 85 del Tratado de Roma	98
IV.1.1.1	El Memorándum de 1966	98
IV.1.1.2	El caso <i>Phillip Morris/Rothmans</i>	100
IV.1.2	Artículo 86 del Tratado de Roma	101
IV.1.2.1	Principios generales	102
IV.1.2.2	Problemas en su aplicación	104
IV.1.3	Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y la Regulación 4064/89	106
IV.2	La European Coal and Steel Community	107

CAPITULO V	
LA FUSIÓN DENTRO DE LA REGULACIÓN 4064/89	110
V.1 Objetivo de la Regulación 4064/89	111
V.2 Control de las fusiones en la Regulación 4064/89	112
V.2.1 Principios de la Regulación 4064/89	114
V.3 Criterios para la investigación de concentraciones ..	135
V.3.1 Definición de mercado relevante	138
V.3.2 Principios básicos para determinar el mercado Relevante	139
V.3.3 Mercado relevante en su dimensión de producto .	142
V.3.4 Mercado relevante en su dimensión geográfica ..	144
V.4 Procedimiento para la notificación de una fusión	146
 CAPÍTULO VI	
FUSIÓN ENTRE KIMBERLY-CLARK CORPORATION Y SCOTT PAPER COMPANY	
	151
VI.1 La Fusión	154
VI.2 Efectos y trámite de la Fusión en México	154
VI.2.1 Notificación a la Comisión Federal de Competencia.....	156
VI.2.2 Análisis de los mercados relevantes	157
VI.2.3 Efectos generales de la Fusión en México	166
VI.2.4 Resolución preliminar de la Comisión Federal de Competencia	167
VI.2.5 Resolución definitiva de la Comisión Federal de Competencia	172
VI.3 Efectos de la Fusión en la Comunidad Europea	174
VI.3.1 Notificación a la Comisión Europea	175
VI.3.2 Análisis de los mercados relevantes	175
VI.3.3 Efectos generales de la Fusión en la Comunidad Europea	182
VI.3.4 Modificaciones a la Fusión	183
VI.3.5 Evaluación de las modificaciones a la Fusión .	188
VI.3.6 Resolución definitiva de la Comisión Europea .	188
 CONCLUSIONES	 190
 BIBLIOGRAFÍA	 194

ABREVIATURAS Y DEFINICIONES.

DOF:	Diario Oficial de la Federación.
CEJ:	Corte Europea de Justicia.
Comisión:	Comisión Federal de Competencia.
LGSM:	Ley General de Sociedades Mercantiles.
Ley de Monopolios:	Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios.
OCDE:	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
Reglamento:	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.
Regulación 4064/89:	<i>Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.</i>
SMGVDF:	Salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.
TLCAN:	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

INTRODUCCIÓN.

La presente tesis tiene por finalidad el comparar los marcos legales que en materia de control de fusiones han sido implementados durante la presente década en México y la Comunidad Europea como parte de las respectivas políticas de competencia económica.

Una de las primeras preguntas que pueden surgir de inmediato en la mente del lector es *¿porqué una comparación de esta naturaleza, siendo que los dos mercados son completamente distintos?* Efectivamente, en materia de competencia, como en muchas otras, existen enormes diferencias entre México y la Comunidad Europea. Sin embargo, sus políticas de competencia y la legislación en la materia comparten elementos comunes que, en última instancia, superan cualquier diferencia existente. Por lo tanto, estimo que la respuesta a la pregunta planteada encuentra su justificación en los elementos comunes a ambos sistemas, sin dejar de considerar sus diferencias. A continuación expongo algunas consideraciones que han motivado el presente estudio.

En primer lugar, ambos sistemas han tomado como modelo, entre otros, al de los Estados Unidos de América por ser éste el más avanzado de los de su tipo.

En segundo lugar, existe una preocupación que no es exclusiva de México y de la Comunidad Europea, sino que se extiende a la mayoría de los países, por el creciente número de fusiones que se han llevado a cabo en los últimos años tanto en el ámbito nacional como internacional¹ y sus efectos en los mercados. No es que las autoridades de competencia intenten disminuir el número de concentraciones o desacelerar su crecimiento; lo que se pretende mediante el control de las fusiones es garantizar el desarrollo efectivo de los procesos de competencia.

En tercer lugar, tanto México como la Comunidad Europea cuentan con mecanismos de control de fusiones recientemente implementados. Aunque en diferentes circunstancias y con antecedentes distintos, en 1990 la Comunidad Europea implementó

¹ Durante 1997, la Comisión Europea recibió 172 notificaciones sobre fusiones, mientras que en 1996 recibió solamente 131; lo anterior representa un incremento del 31%. En el caso de México, la Comisión ha visto incrementarse el número de concentraciones notificadas (incluyendo fusiones) a razón del 49% durante el período 1995-1997.

la Regulación 4064/89, mientras que en 1993 y 1998 México hizo lo propia a través de la Ley de Competencia y de su Reglamento, respectivamente.

Por último, uno de los factores que han motivado el desarrollo de la presente tesis es el proceso de negociación que actualmente se lleva a cabo entre México y la Comunidad Europea para celebrar un tratado de libre comercio. Aun cuando no hay nada definido a la fecha, se espera que el tratado sea concluido satisfactoriamente dentro de los próximos dos años.

Esta tesis está dividida en seis capítulos. El capítulo I establece algunas consideraciones sobre la fusión en el sistema jurídico mexicano que estimo indispensables para poder ubicar al lector dentro del concepto de fusión y los diferentes tipos de ésta desde los puntos de vista jurídico y de competencia. No profundizo en el estudio de temas como la naturaleza jurídica de la fusión, su procedimiento y sus efectos, pues ello me distraería de mi objeto de estudio. Sin embargo, cualquier interesado en dichos temas, puede encontrar información muy valiosa en la bibliografía que me ha servido de referencia.

Los capítulos II y IV consisten en una síntesis de los antecedentes legislativos en materia de control de fusiones en México y la Comunidad Europea, respectivamente. Además, en ellos se describen brevemente los marcos jurídicos actuales en ambos mercados, haciendo referencia a las autoridades encargadas de vigilar su cumplimiento.

La parte sustancial de este trabajo se encuentra comprendida en los capítulos III y V, en donde se analizan con mayor detalle las disposiciones legales aplicables a las fusiones tanto en México como en la Comunidad Europea, respectivamente. Dicho análisis incluye una explicación de los principios que orientan a las autoridades correspondientes en sus procedimientos de investigación de concentraciones, así como una ilustración de las etapas de dichos procedimientos. En los casos en los que lo he considerado oportuno, he señalado algunas diferencias y similitudes entre los dos sistemas estudiados. Estas se encuentran principalmente en el capítulo V, pues resulta lógico después de haber estudiado previamente la legislación mexicana.

Finalmente, el capítulo VI presenta un resumen de la fusión que en 1995 llevaron a cabo Kimberly-Clark Corporation y Scott

Paper Company y de los procesos de investigación llevados a cabo ante la Comisión Europea y la Comisión Federal de Competencia. Lo anterior no tiene otra finalidad que la de ejemplificar, con un caso práctico y real, tanto los procedimientos respectivos como la implementación por parte de las autoridades competentes de medidas tendientes a garantizar el proceso de libre competencia.

CAPÍTULO I
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUSIÓN
EN EL DERECHO MEXICANO.

Antes de iniciar mi estudio, he estimado indispensable hacer algunas consideraciones generales sobre la fusión en el derecho mexicano, limitándome tan sólo a proporcionar una definición de ella y a explicar los tipos de fusión desde los puntos de vista jurídico y económico.

Cabe señalar, desde el punto de vista del derecho societario, que la fusión se encuentra regulada por la LGSM, en su capítulo IX, artículos 222 a 226.

I.1 Diferentes conceptos de fusión.

El articulado relativo a la fusión de sociedades en la LGSM² no proporciona ninguna definición que a mi parecer resulte precisa o adecuada sobre esta figura. Considero que a lo más que se atrevió el legislador en ese sentido, fue a hacer mención, en el artículo 224, a los dos tipos de fusión posibles jurídicamente

² Véase capítulo IX, artículos 222 a 226 de la LGSM.

(sobre los cuales trataré más adelante), enfocándose más, dentro de su regulación, al procedimiento y a los efectos de la fusión.

En la doctrina es donde se encuentran una serie de definiciones propuestas por diversos tratadistas, entre las cuales la mayoría considera como característica fundamental de la fusión, la unión de dos o más sociedades en una sola. Así, por ejemplo, Alessandro Graziani³ sostiene que *"la fusión es la situación jurídica, por la cual a una pluralidad de sociedades se sustituye una sola, si ésta es una de las sociedades que permanece, se habla de incorporación, si es una sociedad nueva, se habla de fusión en sentido estricto. La sociedad que sustituye se convierte en titular de todas las relaciones jurídicas de las sociedades incorporadas o fusionadas, en tanto que éstas desaparecen por efectos de la fusión misma. Los socios de las sociedades que se extinguen, se convierten en socios de la sociedad incorporante o que surge, y se les otorga una participación en ésta con base en la relación establecida en la deliberación de fusión."*

³ Citado por Oscar Vázquez del Mercado, "Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles", pág. 300.

En este mismo sentido, Oscar Vázquez del Mercado sostiene que "por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular, éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquéllos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían, o se les reconoce la parte social correspondiente"⁴.

Un concepto mucho más sencillo es el de Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien afirma que "la fusión, desde el punto de vista jurídico, consiste en la unión de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones"⁵.

Si bien las definiciones anteriormente transcritas son acertadas en cuanto al resultado de la fusión se refiere, es decir, en cuanto a la agrupación de patrimonios y accionistas de

⁴ *Ibid.*

⁵ Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "Tratado de Sociedades Mercantiles", pág. 518.

diversas sociedades en una sola, existen otros elementos que resultan de interés muy particular y que, en mi opinión, no dejan de ser característicos de esta figura en un rango igual al de su resultado. En primer lugar, la "sustitución" y la "extinción" de las que habla Graziani y la "desaparición" a la cual se refiere Oscar Vázquez del Mercado, son poco claras en cuanto a la manera en la que se sustituyen, extinguen y desaparecen las sociedades fusionadas. Esto es de especial pertinencia para el ordenamiento jurídico de las sociedades mercantiles ya que, de acuerdo con varios autores⁶, la fusión representa un caso especial de disolución de las sociedades, sin que sea necesario seguir el procedimiento de liquidación que como consecuencia inmediata de la disolución de las sociedades establece la LGSM⁷ y aún más, sin que la fusión sea una causa de disolución de aquéllas a las que se refiere el artículo 229 del citado ordenamiento.

En segundo lugar, estimo importante la labor de algunos autores (Graziani entre ellos) de señalar que otra peculiaridad de la fusión en las sociedades mercantiles, es la entrega de acciones representativas del capital social de la sociedad

⁶ Véase Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho Mexicano", pág. 610 y Walter Frisch Phillip, "Sociedad Anónima Mexicana", pág. 448.

⁷ Véase artículo 234 de la LGSM.

resultante a los accionistas de las sociedades fusionadas y desaparecidas, ya que de lo contrario "sólo se podrá hablar de cesión o venta, pero no de fusión"⁸.

Después de haber hecho referencia a algunas definiciones doctrinales sobre la fusión y de haber destacado sus principales características, a continuación transcribo el concepto que de fusión ha establecido la OCDE, considerando que dicho concepto está enfocado directamente al objetivo de la presente tesis.

Para la OCDE, la fusión consiste en la "transmisión del patrimonio de una o de varias sociedades a otra sociedad, por medio de la absorción por parte de una sociedad preexistente o de la creación de una nueva sociedad. La fusión es una operación por la cual las sociedades pueden aumentar su tamaño, desarrollar actividades existentes o nuevas y aumentar su penetración o penetrar en mercados nuevos. La fusión puede tener varios objetivos: la búsqueda de una mayor eficiencia económica o de un poder sobre el mercado, una diversificación, un redespigue

⁸ Oscar Vázquez del Mercado, op. cit., nota 2, pág. 299.

geográfico sobre otros mercados, la obtención de sinergias financieras o para la investigación y desarrollo, etc."⁹.

Para efectos del presente trabajo, me referiré a la fusión de sociedades mercantiles tomando en cuenta la definición anterior, por razón de su importante enfoque hacia la competencia económica.

I.2 Clases de fusión desde el punto de vista jurídico.

El artículo 224 de la LGSM menciona los dos tipos de fusión posibles en las sociedades mercantiles:

"Art. 224.- ...

...
Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas."

Los dos tipos a que se refiere nuestra LGSM son conocidos doctrinalmente como fusión por incorporación, en el primer caso, y fusión por integración en el segundo.

⁹ Cfr. "Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia Económica", Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, 1991, pág. 54.

A continuación describiré de manera breve cada una de estas figuras.

I.2.1 Fusión por incorporación o asociación.

La fusión por incorporación o asociación se presenta cuando entre las diferentes sociedades que participan en el procedimiento de fusión, una de ellas subsiste (sociedad fusionante), absorbiendo los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan, desapareciendo por tanto las demás (sociedades fusionadas).

De acuerdo con mi experiencia, en la práctica este tipo de fusión es el que con mayor frecuencia se presenta. Normalmente ocurre que una sociedad que goza de un mayor potencial económico o de una mayor reputación en el mercado en el cual se desenvuelve, absorbe a sociedades de menor tamaño, significando ello, entre otros muchos factores, la eliminación de posibles competidores.

I.2.2 Fusión por integración o acumulación.

Cuando como resultado del procedimiento de fusión todas y cada una de las sociedades que en él participan se extinguen y dan lugar a la creación de una nueva sociedad, nos encontramos en presencia de una fusión por integración o acumulación (fusión *stricto sensu*).

A diferencia de la fusión por incorporación, en la cual la sociedad fusionada se incorpora a la sociedad fusionante y por lo tanto los estatutos de esta última rigen a la sociedad que subsiste (dando continuidad a su existencia), la fusión por integración significa una extinción de todas las sociedades que participan en ella, dando lugar al proceso de constitución de una nueva sociedad, en cuyo caso deben observarse las disposiciones que al respecto establece la LGSM para cada especie de sociedad mercantil.

I.3 Clases de fusión desde el punto de vista de la competencia económica.

Del concepto de fusión que he decidido considerar para efectos de la presente tesis, es decir, el propuesto por la OCDE¹⁰, se pueden deducir tres categorías o tipos de fusión:

- i) fusión vertical;
- ii) fusión horizontal; y
- iii) fusión heterogénea.

De la descripción de cada una de estas categorías me ocuparé a continuación.

I.3.1 Fusión vertical.

Este tipo de fusión es el que se presenta entre empresas que participan en diferentes etapas de un proceso productivo determinado. Si bien pudiera parecer que tiene por finalidad lograr una mayor eficiencia económica en el seno de la sociedad fusionante, también es cierto que este tipo de fusiones pudiera

¹⁰ *Supra*, nota 8.

dañar el proceso competitivo cuando, por ejemplo, de la fusión resulta una disminución de las fuentes de suministro de materias primas para los competidores de la sociedad fusionante.

En la práctica de la Comisión, las fusiones verticales se presentan muy a menudo en el ámbito de los servicios financieros, en donde se encuentran fusiones entre bancos, casas de bolsa, arrendadoras financieras y otros servicios, que en conjunto tienden a fortalecer su posición competitiva así como la diversificación geográfica y por línea de servicios.

I.3.2 Fusión horizontal.

Estas fusiones tienen lugar entre sociedades competidoras entre sí en la producción o venta de bienes o servicios idénticos o similares.

Las integraciones horizontales de sociedades son aquéllas que requieren un mayor control por parte de las autoridades de la competencia, ya que son éstas las que mayores repercusiones tienen en la reducción de los mercados, representando con ello,

en determinados casos, la realización de prácticas que pudieran resultar en monopólicas y obviamente anticompetitivas.

Sin embargo, en algunos casos la Comisión ha considerado que aun cuando las concentraciones horizontales entre empresas con participaciones menores de mercado disminuyen el número de competidores, pueden al mismo tiempo fortalecer la competencia mediante la creación de unidades más competitivas capaces de enfrentar a empresas con mayor poder de mercado¹¹. Como ejemplo puedo citar la fusión ocurrida entre Kimberly-Clark Corporation y Scott Paper Company, misma que se analiza en el capítulo VI de esta tesis.

I.3.3 Fusión heterogénea.

Finalmente, se sostiene que, cuando dos o más sociedades que se fusionan tienen objetos sociales y mercados relevantes aislados en sus dos dimensiones (geográfica y por producto, según

¹¹ Véase Informe de Competencia Económica 1997, Comisión Federal de Competencia, México, pág. 28.

se analizará en el capítulo III de esta tesis), se está en presencia de una fusión heterogénea.

En la práctica la Comisión denomina a este tipo de fusiones como diversificaciones y un ejemplo de ellas es la llevada a cabo entre Sandoz, S.A. de C.V. y Ciba-Geigy Mexicana, S.A. de C.V., las cuales, si bien coinciden en su participación en el mercado de productos químicos, cuentan con mercados relevantes distintos: productos farmacéuticos y productos agroquímicos, respectivamente¹².

¹² Véase Informe de Competencia Económica, Segundo Semestre de 1996, Comisión Federal de Competencia, México, pp. 35 y 36.

CAPÍTULO II

REGULACIÓN DE LA FUSIÓN EN MÉXICO DESDE EL PUNTO DE VISTA
DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA.II.1 Antecedentes.

La legislación mexicana en materia de monopolios, y en particular en lo que a concentraciones se refiere, fue prácticamente inexistente hasta la entrada en vigor de la Ley de Competencia en 1993. Quizá la Ley de Monopolios se pueda llegar a considerar como antecedente inmediato de la Ley de Competencia, pero ello de ninguna manera significa que nuestro legislador la haya tomado como punto de partida para la elaboración de la nueva ley¹³.

Cabe señalar, sin embargo, que aun cuando en otras materias reguladas actualmente por la Ley de Competencia (como lo son el control de precios y las prácticas monopólicas), con anterioridad a ésta existieron algunas leyes que rigieron durante varios años la vida económica y comercial de nuestro país. Tales leyes fueron

¹³ La Ley de Competencia tomó como modelos las leyes antimonopolios de los Estados Unidos, Canadá y España.

(i) la Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica (1950), (ii) la Ley de Industrias de Transformación (1941) y (iii) la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos (1937).

Por su poca relación con el tema de este trabajo, omitiré analizar las leyes anteriores, con excepción de la Ley de Monopolios, a pesar de su poca contribución al nuevo marco legal que nos ocupa.

La *Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios* (conocida también como la "Ley de Monopolios"), promulgada en 1934 por el Presidente sustituto Abelardo L. Rodríguez y reformada y adicionada en diversas ocasiones, prohibía en su Artículo 1 "la existencia de monopolios y estancos, así como los actos que tiendan a evitar la libre concurrencia en la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios, y los acuerdos, combinaciones o prácticas de cualquier naturaleza que celebren los productores, industriales, comerciantes o empresarios, para evitar la competencia entre sí o para desplazar a terceros del mercado o imponer los precios de

los artículos o las tarifas de los servicios de manera arbitraria".

Conforme a sus artículos 3 y 2, respectivamente, entendía por monopolio "toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permitan a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social" y por estancos "el monopolio constituido en favor del Estado para procurar provecho al fisco".

De manera similar a lo que dispone la Ley de Competencia en su capítulo VI, titulado "De las Sanciones", la Ley de Monopolios sancionaba en sus artículos 19 y 21, respectivamente, tanto la existencia de monopolios como los actos tendientes a la constitución de los mismos. Establecía asimismo la facultad del Ejecutivo Federal de crear organismos consultivos y ejecutivos encargados de colaborar en el cumplimiento de esa ley (organismos que en la práctica nunca fueron creados).

La Ley de Monopolios también preveía ya, al igual que lo hace la Ley de Competencia, la obligación de los funcionarios y empleados que intervinieran en el cumplimiento de la misma, de guardar absoluta reserva acerca de las declaraciones y datos presentados por los particulares y la prohibición de usar los mismos en actos distintos de los del servicio (artículo 16), sancionándolos, en caso de infracción, con la separación de sus cargos y la aplicación de la pena prevista en el Código Penal para el delito de revelación de secretos (artículo 24).

Para concluir este apartado, considero que, para efectos de lo que hoy conocemos como concentraciones de agentes económicos¹⁴, la Ley de Monopolios no aportó ningún elemento de trascendencia a la materia, ya que si bien consideraba monopolio a una "concentración o acaparamiento industrial o comercial", no proporcionaba una definición de dichos actos ni establecía el alcance de los mismos; mucho menos determinaba los mecanismos o criterios que sirvieran para su identificación.

¹⁴ Véase la definición de concentración en el artículo 16 de la Ley de Competencia, mismo que se transcribe en el apartado siguiente.

II.2 Disposiciones constitucionales.

La Constitución de 1857, de inspiración liberal, incorpora el principio de prohibición de monopolios con treinta y tres años de anticipación a la *Sherman Act* de los Estados Unidos de América (considerada el primer precedente en materia de competencia) y treinta y dos años antes de la *Act for the Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraint of Trade* de Canadá. "Aun con su ventaja cronológica sobre la legislación de EEUU y CANADA, no puede asumir el carácter de primer precedente, el cual parece corresponder a la *Loi de Chapelier* de 1791, promulgada en la primera etapa de la Revolución Francesa, iniciada a partir de 1789, durante la cual toda la imaginación y razón jurídica se invirtió en poner fin a la feudalidad, como etapa Histórico-Económica y Política"¹⁵.

El artículo 28 de la Constitución de 1857 prohibía la existencia de monopolios y estancos de cualquier clase (exceptuando la acuñación de moneda, el correo y los privilegios otorgados a inventores por tiempo determinado conforme a la ley).

¹⁵ Véase Javier Aguilar Alvarez de Alba, *La libre competencia como garantía individual de los particulares*, trabajo inédito, pág. 1.

Sin embargo, no fue sino hasta la Constitución de 1917 cuando se logró plasmar de manera más precisa la política antimonopólica del Estado mexicano.

Esta política se encuentra prevista en el artículo 28, cuyo texto se transcribe a continuación en su parte conducente. Sin embargo, existen otras disposiciones constitucionales que rigen la vida económica de nuestro país y que no se pueden dejar pasar por alto. Tales disposiciones son los artículos 25 y 26, mismos que se transcriben a continuación junto con el artículo 28:

“ARTÍCULO 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que (...), mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

...

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.”

"ARTÍCULO 26. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación."

"ARTÍCULO 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas [y] los estancos (...).

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas y con perjuicios del público en general o de alguna clase social."

De la lectura del artículo 28 constitucional se observa la importancia y la trascendencia de esta disposición en materia económica: prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas, entre otras. Sin embargo, aun cuando esa prohibición es clara, su alcance se limita a aquellas actividades que (i) tienen por objeto obtener el alza de los precios, (ii) evitan la libre concurrencia o la competencia entre los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios y obligan a

los consumidores a pagar precios exagerados o (iii) constituyen una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas, en perjuicio del público en general o de alguna clase social. De no reunir estas condiciones, los acuerdos, procedimientos o combinaciones de los agentes económicos antes enunciados, no pueden ser sancionados por la ley.

En adición a lo anterior, cabe hacer mención de la importancia que revisten las disposiciones del propio artículo 28 constitucional en materia de áreas estratégicas que el Estado ejerce de manera exclusiva (como lo son los telégrafos, el petróleo y los hidrocarburos, etc.), pero con la intención de no distraerme del objetivo principal de esta tesis, omitiré su análisis.

II.3 La Ley Federal de Competencia Económica.

El 24 de diciembre de 1992 fue publicada en el DOF la Ley Federal de Competencia Económica, misma que, de acuerdo con sus artículos primero y tercero transitorios, respectivamente, entró en vigor a los 180 días de su publicación, es decir, el 23 de junio de 1993, y abrogó las siguientes leyes: (i) Ley de

Monopolios (1934), (ii) Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica (1950), (iii) Ley de Industrias de Transformación (1941) y (iv) Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos (1937).

Con la entrada en vigor de la Ley de Competencia (y posteriormente de su Reglamento) se crea un novedoso marco legal que pretende asegurar el adecuado funcionamiento de los mercados mediante la prohibición y sanción de prácticas comerciales que limitan de manera indebida el acceso a los mercados o que desplazan a competidores, dando lugar así al favorecimiento de unos cuantos y al surgimiento de cárteles.

A continuación se hace una breve reseña del panorama político y económico dentro del cual nace en México una nueva política de competencia económica.

II.3.1 Entorno económico y político.

Desde principios de los años 90, México, al igual que varios países de América Latina, ha venido haciendo esfuerzos por consolidar su régimen democrático y una política comercial de

apertura al exterior. Las políticas comerciales adoptadas en América Latina han representado ajustes económicos, saneamiento de las finanzas, control de divisas, desarme arancelario, fomento de la inversión extranjera, privatización de empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional¹⁶.

La administración del Presidente Carlos Salinas de Gortari tuvo entre sus objetivos la modernización económica de nuestro país mediante el fomento de la competitividad del aparato productivo y el desarrollo de un sistema de regulaciones económicas que promoviera la concurrencia, la participación y la creatividad de los mexicanos en la producción y comercialización de bienes y servicios¹⁷.

Lo anterior trajo consigo que México experimentara cambios importantes en la estrategia de desarrollo económico hacia una mayor apertura comercial tanto al interior como al exterior y que el gobierno estableciera políticas que resultaron en¹⁸:

¹⁶ Véase Juan Antonio Rivière Martí, *La Política de Competencia en América Latina: Una Nueva Área de Interés para la Unión Europea*, Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 1, primavera de 1997.

¹⁷ Véase la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica.

¹⁸ Greta Spota Diercix, *Algunas consideraciones sobre el papel de la Comisión Federal de Competencia Económica en la aplicación y promoción de la legislación de competencia*, Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 2, septiembre de 1997, pág. 52.

- a) la privatización de un gran número de empresas que eran propiedad del Estado, entre las cuales se encontraron, entre otras, Teléfonos de México, las instituciones de crédito, y el sistema carretero nacional;
- b) la desregulación de un importante grupo de sectores, como el de autotransporte, el de ferrocarriles y el de telecomunicaciones;
- c) la liberalización del régimen de inversión extranjera, que resultó en la publicación y entrada en vigor de la Ley de Inversión Extranjera en 1993;
- d) el acceso de México a la Organización Mundial de Comercio como resultado de su entrada al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT); y
- e) la liberalización del comercio internacional, particularmente a través de la negociación, celebración y entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del TLCAN

entre México, Estados Unidos y Canadá (mismo que se analizará a continuación).

II.3.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Dentro del contexto del TLCAN y de la administración Salinista, se buscó adecuar la legislación reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de monopolios, libre concurrencia y competencia, a las necesidades de una nueva política económica de apertura comercial al exterior y de competencia en la industria y el comercio interior, dejando atrás de esa manera el obsoleto régimen proteccionista que había caracterizado a nuestra economía durante las últimas décadas.

Aun cuando la exposición de motivos de la Ley de Competencia no hace referencia al Tratado de Libre Comercio, en mi opinión aquélla es resultado inmediato del capítulo XV del TLCAN, referente a la "*Política en Materia de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado*", además de la coincidencia en la entrada en vigor tan próxima tanto de la Ley de Competencia (23 de junio de 1993) como del TLCAN (1 de enero de 1994).

En efecto, estimo que de no haberse instrumentado una nueva política de competencia en México con anticipación a la entrada en vigor del TLCAN, nuestro país no hubiera estado en posibilidades de entrar a un mercado de libre comercio con dos de los países que contaban ya con una larga tradición, experiencia y cultura en esta materia. Como señala el Lic. Fernando Heftye Ettiene¹⁹, "si bien el Derecho de la Competencia en México era relativamente incipiente, las disciplinas que México asumió en este acuerdo conllevaban la necesidad de actualizarlo y desarrollarlo. Era necesario también por la interdependencia cada vez más creciente con nuestros socios comerciales. La carencia de reglas relativamente homogéneas que protejan el proceso de competencia y libre concurrencia atentaría contra el proceso del libre comercio en la región".

En su artículo 1501, titulado "*Legislación en Materia de Competencia*", el TLCAN establece la obligación de cada una de las partes de adoptar o mantener medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y de emprender las acciones que procedan al respecto. Sin embargo, cabe señalar que, a

¹⁹ *Promoción y protección de la competencia en las legislaciones sectoriales y tratados internacionales*, en Informe de Competencia Económica - Segundo Semestre de 1996, Comisión Federal de Competencia, México, págs. 138-147.

diferencia de la Comunidad Europea (artículos 85 a 87 del Tratado de Roma y en general la Regulación 4064/89), en el TLCAN no se establecen normas generales o criterios concretos sobre la regulación de la actividad monopólica, las fusiones y las prácticas monopólicas, "hecho que resulta poco apropiado, ya que de poco sirve un acuerdo que elimine las barreras aduaneras si las empresas pueden suscribir acuerdos comprometiéndose a no competir en los otros mercados"²⁰. Si bien considero que la afirmación anterior es correcta, también estimo que deja de considerar que la Comunidad Europea representa un caso único en el mundo en cuanto a la integración política y económica. En este sentido, valdría la pena plantearse si la creación de normas generales en la materia mencionada al amparo del TLCAN sería viable, considerando el sistema de jerarquía de leyes de nuestro país, pero por razones de economía no entraré en discusión de ese punto.

Por otra parte, el artículo 1504, titulado "*Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia*", establece que las partes se comprometen, a través de la Comisión de Libre Comercio, a

²⁰ Rafael Pérez Miranda, "Propiedad Industrial y Competencia en México", México, Ed. Porrúa, primera edición, 1994, pág. 192.

establecer un Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia, cuyos objetivos consisten en el estudio de la relación entre el comercio y la competencia en la zona de libre comercio y en presentar recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio sobre trabajos relativos a la relación entre la ley y la política en materia de competencia.

II.3.3 Objetivo de la Ley Federal de Competencia Económica.

De acuerdo con su artículo 2, la Ley de Competencia tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. Para lograr ese propósito, la ley se aboca al estudio de la conducta de los agentes económicos, sancionando las prácticas monopólicas y estableciendo una política fundamentalmente preventiva en las concentraciones.

Las personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o

cualquier otra forma de participación en la actividad económica, constituyen a los agentes económicos, sujetos de las disposiciones de la ley a los que se refiere el párrafo anterior.

La Ley de Competencia, en su artículo 4, confirma lo dispuesto por el Artículo 28 Constitucional, respecto a que las funciones que el Estado ejerce de manera exclusiva en las áreas estratégicas no constituyen monopolio.

Asimismo reitera que tampoco constituyen monopolio, (i) las asociaciones de trabajadores constituidas para proteger sus propios intereses, (ii) los privilegios otorgados por tiempo determinado a autores y artistas, así como los otorgados a los inventores y perfeccionadores de mejoras, (iii) las asociaciones o sociedades cooperativas que vendan directamente sus productos en el extranjero, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 6.

II.4 El Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

En ejercicio de la facultad conferida por la fracción I del Artículo 89 Constitucional al Ejecutivo Federal, el 4 de marzo de

1998, el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Ernesto Zedillo Ponce de León, expidió el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, mismo que, de acuerdo con su artículo único transitorio, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOF²¹.

La necesidad de publicar el Reglamento, luego de casi cinco años de haber entrado en vigor la Ley de Competencia, tiene quizá como punto de partida, además de la propia Ley de Competencia, el *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000*²². Este plan establece que, para satisfacer las demandas de trato justo y respetuoso, y competencia en condiciones justas, planteadas por los empresarios, se combatirán las prácticas monopólicas, lo mismo por parte de empresas privadas que de empresas públicas y se fortalecerán las acciones para hacer cumplir la Ley de Competencia.

De manera consistente con el citado plan, el *Programa de Política Industrial y Comercio Exterior*²³ establece, al tratar sobre la competencia económica en el mercado de la apertura

²¹ Con excepción del artículo 2, que entró en vigor el 5 de octubre de 1998.

²² Publicado en el DOF el día 31 de mayo de 1995.

²³ Publicado en el DOF el día 31 de mayo de 1996.

comercial, que se combatirán las prácticas monopólicas generadas en el extranjero, estableciendo una mayor comunicación con las autoridades de competencia de nuestros principales socios comerciales y que se impulsará la cooperación en los foros internacionales.

Es importante destacar el esfuerzo realizado por la Comisión para recabar los puntos de vista, opiniones, comentarios y propuestas de diversos sectores relacionados con la materia, tales como cámaras de comercio e industria, agentes económicos, despachos de abogados, economistas, académicos y autoridades, quienes en cierta medida orientaron a la Comisión y al Ejecutivo Federal en la elaboración del Reglamento. Durante varios meses antes de haber sido enviado el Ejecutivo Federal, la Comisión tuvo al alcance del público interesado el proyecto del Reglamento y recibió un sinnúmero de sugerencias y opiniones al respecto.

Cinco puntos esenciales sirvieron de base para la elaboración del Reglamento²⁴:

²⁴ Véase *Presentación de la Propuesta de Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica*, en <http://www.cfc.gob.mx/cfc97/comunica/seminario/lpr.htm>.

- a) el respeto a las garantías individuales que consagra nuestra Constitución;
- b) la experiencia de cuatro años de actividades de la Comisión, que sirvió para aclarar diversos conceptos y criterios para una mejor aplicación de la Ley de Competencia;
- c) la transparencia en la actuación de la Comisión frente a los particulares y la ventilación de los asuntos en forma expedita, estableciendo plazos breves para emitir resoluciones;
- d) los diversos principios y reglas manejados a nivel internacional en la materia; y
- e) una mejor regulación administrativa.

En adición a lo anterior, se espera que el Reglamento, aunado a la experiencia acumulada hacia el interior de la Comisión, aclare algunos conceptos y criterios previstos en la Ley de Competencia, además de dar mayor transparencia a los

procedimientos llevados ante la Comisión. Para lograr esos objetivos, el Reglamento ha tomado en cuenta los diversos criterios utilizados a nivel internacional en materia de competencia económica²⁵.

Considero que la entrada en vigor del Reglamento significó un complemento fundamental al marco jurídico en materia de competencia en nuestro país, además de que permitió aclarar, aunque en algunos casos no de la manera más afortunada, diversos conceptos que el legislador omitió considerar en la Ley de Competencia y que, por lo tanto, representaban serias lagunas en el estudio y aplicación de la misma.

II.5 La Comisión Federal de Competencia.

La entrada en vigor de la Ley de Competencia trajo consigo la creación del primer órgano en nuestro país responsable de la aplicación de las disposiciones en materia de competencia

²⁵ Luis A. Prado Robles y León Ricardo Elizondo Castro, Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, Informe de Competencia Económica 1997, Comisión Federal de Competencia, México, págs. 93-101.

económica²⁶, la Comisión Federal de Competencia, cuyo reglamento interior fue publicado en el DOF el día 12 de octubre de 1993, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Competencia, la Comisión *"es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial"* y cuenta con autonomía técnica y operativa, teniendo a su cargo la prevención, investigación y combate de los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones.

Efectivamente, salvo por las facultades que la Ley de Competencia expresamente concede a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en materia de control de precios²⁷, esta dependencia no tiene ninguna otra atribución en materia de competencia económica y, *"el hecho de que la Comisión sea un organismo desconcentrado, significa en el derecho administrativo mexicano, que se trata de un órgano al cual se le transfiere*

²⁶ Según indiqué anteriormente, aun cuando la Ley de Monopolios preveía ya la facultad del Ejecutivo Federal de crear órganos consultivos y ejecutivos encargados de colaborar en el cumplimiento de esa ley, nunca existió un órgano de tal naturaleza al amparo de la citada ley.

²⁷ Véase artículo 7 de la Ley de Competencia.

competencia exclusiva y poder de decisión, disminuyendo su relación jerárquica y de subordinación respecto de los órganos centralizados"²⁸.

En virtud de lo anterior, considero que los más grandes atributos de este novedoso órgano tal vez son (i) su autonomía para dictar resoluciones, ya que las mismas únicamente están sujetas a las investigaciones que lleva a cabo en términos de la propia Ley de Competencia, a diferencia de como ocurre en otros países, en los cuales se dividen entre dos órganos distintos las etapas de investigación o instrucción del expediente y la de resolución final, (ii) su carácter de órgano especializado y profesionalizado y (iii) su autonomía desde el punto de vista presupuestal, por ser ésta una unidad de gasto autónomo.

En cuanto a las atribuciones de la Comisión, me limitaré por el momento a mencionar sólo aquéllas estrictamente relacionadas con concentraciones, en el entendido de que en el capítulo IV siguiente haré referencias más precisas.

²⁸ Leonel Pereznieta, citado por Greta Spota Diericx, op. cit., nota 14.

De manera general, como lo apunta Greta Spota Diericx²⁹, la Comisión cuenta con amplias atribuciones previstas en el artículo 24 de la Ley de Competencia y que pueden dividirse de la siguiente manera:

a) Atribuciones para la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, como lo son las facultades para:

(i) investigar la existencia de concentraciones prohibidas, requiriendo a los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes (fracción I);

(ii) establecer los mecanismos de coordinación para el combate de concentraciones (fracción II);

(iii) resolver los casos de su competencia y sancionar administrativamente las violaciones a la Ley de

²⁹ Greta Spota Diericx, *op. cit.*, nota 14, pág. 53.

Competencia en términos de los artículos 35 a 37 (fracción III); y

(iv) solicitar de cualquier autoridad del país o del extranjero la información que requiera para indagar sobre posibles violaciones a la Ley de Competencia³⁰.

b) Atribuciones para la promoción de una cultura de competencia dirigidas al sector público.

Dentro de este sector, la Comisión juega un papel determinante debido a las acciones que realiza el gobierno en materia de apertura económica, revisión del marco regulatorio y desincorporación de empresas públicas, pues ello conlleva la necesidad de implementar nuevas formas de coordinación entre la Comisión y las autoridades reguladoras

³⁰ En realidad se trata de una facultad del Presidente de la Comisión (artículo 28, fracción IV).

correspondientes; en ese sentido, la Comisión cuenta dentro de sus facultades, con las siguientes:

- (i) opinar sobre programas y políticas de la administración pública federal así como sobre proyectos de leyes y reglamentos en sus aspectos de competencia y libre concurrencia (fracciones IV y V); y
 - (ii) participar con las dependencias competentes en la celebración de tratados, acuerdos y convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia.
- c) Atribuciones para la promoción de una cultura de competencia dirigidas al sector privado.

Por lo que toca al sector privado, la Comisión debe jugar un papel sumamente importante y decisivo en la creación y divulgación de una cultura de la competencia entre la sociedad. Para ello, la Ley de Competencia otorga a la Comisión las facultades para:

- (i) emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos (fracción VI); y

- (ii) expedir y publicar un informe anual sobre el desempeño de las funciones de la Comisión que incluya los resultados de sus acciones en la materia³¹.

Dentro de este último, es de destacar que la Comisión no ha dudado en establecer mecanismos de contacto con los particulares a fin de hacerse de impresiones y opiniones en la materia. Un ejemplo muy claro de este contacto fue el proyecto del Reglamento, el cual, como ya indiqué en el apartado anterior, estuvo a disposición del público para su opinión y finalmente recogió las propuestas de diversos sectores de la iniciativa

³¹ También se trata de una facultad del Presidente de la Comisión (artículo 28, fracción III).

privada, significando ello una mejor adecuación y representación del marco jurídico.

De igual manera, resulta importante el que la Comisión incluya en sus reportes anuales una exposición detallada de los criterios seguidos por su Pleno en la resolución de los asuntos turnados. Este es un gran paso en la promoción de la cultura de la competencia a la que me he referido anteriormente.

Consistente con la publicidad de criterios, la entrada en vigor del artículo 2 del Reglamento trajo consigo la obligación para la Comisión de divulgar sus resoluciones y criterios. En efecto, dicho artículo ordena que *"el texto de las resoluciones que hayan quedado firmes y los criterios de la Comisión, salvo la información confidencial, se publicarán periódicamente en una gaceta informativa y un extracto en el Diario Oficial de la Federación. Dichas resoluciones y criterios estarán a disposición de cualquier persona en las oficinas de la Comisión para su consulta"*.

Pienso que con el tiempo, con la experiencia y madurez de la Comisión, así como con la difusión en forma adecuada de la nueva

cultura de la competencia en nuestro país, auspiciada en gran medida por algunos de nuestros principales socios comerciales, como los Estados Unidos, Canadá y quizá próximamente la Comunidad Europea, se podrán crear fórmulas que den mayor transparencia a las resoluciones dictadas por la Comisión. Se me ocurre pensar, por ejemplo, que en un futuro la Comisión asuma un papel más importante en el establecimiento de los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de competencia económica, ya que hasta ahora ha sido incipiente la actividad del pleno en cuanto a la expedición de criterios generales.

II.6 Leves sectoriales.

El presente capítulo ha pretendido dar al lector, cuando menos, una visión general del marco jurídico aplicable a la fusión de sociedades mercantiles desde el punto de vista de la competencia económica.

Ahora, con la esperanza de haber logrado ese objetivo, deseo hacer una breve referencia a tan solo algunos de los varios ordenamientos vigentes en nuestro país que, si bien hasta este

momento no regulan aspectos inherentes al proceso de fusión, sí lo hacen en otras materias relacionadas directamente con la competencia económica, como lo son el establecimiento de bases tarifarias, el otorgamiento de concesiones y permisos, los procesos de privatización, etcétera.

La intención de hacer esta referencia no es otra que la de mostrar la manera en que ciertas leyes han venido incorporando disposiciones que confieren facultades expresas a la Comisión en las respectivas materias, así como la de destacar la importancia que dichas disposiciones representan dentro del esfuerzo que nuestras autoridades realizan a fin de dar uniformidad, consistencia y certeza jurídica a la materia que nos ocupa y finalmente advertir el papel de algunas autoridades distintas a la Comisión, únicamente como coordinadores institucionales en la aplicación de la Ley de Competencia.

En cuanto a la regulación de las fusiones, aún no existe una ley o reglamento (distintos de la Ley de Competencia y de su Reglamento) que otorgue facultades a la Comisión, pero de continuar la tendencia de fomentar una cultura de la competencia, se tendrán más y mejores regulaciones al respecto.

En los ordenamientos que se mencionan a continuación se encuentran algunas disposiciones que facultan a la Comisión para opinar sobre la determinación de precios y tarifas aplicables a los servicios a que ellos se refieren, siempre que no existan condiciones efectivas de competencia; es decir, que existan prácticas discriminatorias indebidas:

- a) Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo (según reformas del 11 de mayo de 1995);
- b) Ley de Aviación Civil;
- c) Ley de Aeropuertos;
- d) Reglamento de Gas Natural; y
- e) Ley de Navegación.

En materia de regulación del otorgamiento de concesiones y permisos, las siguientes son sólo algunas de las leyes vigentes que confieren cierta injerencia a la Comisión, ya sea requiriendo que se den ante ella los avisos correspondientes o bien, o que se obtenga de ella una opinión favorable:

- a) Ley Federal de Telecomunicaciones;
- b) Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario;
- c) Ley de Navegación; y
- d) Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal.

En los procesos de privatización al amparo del Reglamento del Servicio Ferroviario, este ordenamiento otorga a la Comisión la facultad de intervenir de manera conjunta con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para vigilar que exista competencia efectiva en ese sector y así evitar la creación de monopolios privados.

El decreto que regula las Afores³² de igual manera impide el fomento de prácticas monopólicas al dotar a la Comisión de facultades para que, junto con la Comisión Nacional de Sistemas de Ahorro para el Retiro, se establezcan mecanismos que garanticen condiciones adecuadas de competencia en los sistemas de ahorro para el retiro.

³² Decreto de la Ley de Sistemas para el Retiro y Reformas y Adiciones a las Leyes General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, para Regular las Agrupaciones Financieras, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y Federal de Protección al Consumidor (publicado en el DOF el 23 de mayo de 1996).

Como se ha visto en el presente apartado, las leyes analizadas y algunas otras más, prevén la coordinación de ciertos órganos (como la Comisión Nacional de Sistemas de Ahorro para el Retiro, la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Reguladora de Energía), como coordinadores institucionales de la Comisión en la prevención y combate de las prácticas monopólicas. Con lo anterior se pretende evitar inconsistencias en la aplicación del marco regulatorio de la competencia económica, atendiendo a los muy diversos sectores que integran la economía de nuestro país.

CAPÍTULO III

LA FUSIÓN DENTRO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
Y DE SU REGLAMENTO.

El presente capítulo inicia con un mero resumen de las disposiciones aplicables a las fusiones tanto en la Ley de Competencia como en el Reglamento, para después pasar a un análisis más detallado sobre los criterios aplicables y terminar con el procedimiento ante la Comisión.

Por su especial relevancia con este trabajo, a continuación se incluyen algunas transcripciones literales de las principales disposiciones contenidas en los capítulos III y IV de la Ley de Competencia y del Reglamento, respectivamente (ambos titulados "De las Concentraciones"). Sin embargo, no hay que olvidar que en ambos ordenamientos existen otras disposiciones directamente relacionadas con concentraciones pero que, por motivos de economía, no se transcriben de manera general sino sólo en aquellos casos en que resulte necesario para orientar al lector.

III.1 Regulación en la Ley Federal de Competencia Económica.

Ya he dicho antes³³ que una de las mayores preocupaciones de cualquier ley de competencia es el control de fusiones horizontales, ya que estas representan la mayor amenaza al proceso de libre competencia, en particular en lo que respecta al ejercicio unilateral del poder en el mercado y a la posible creación de monopolios. No ocurre lo mismo tratándose de fusiones verticales o heterogéneas, pues éstas son consideradas como favorables para generar mayor eficiencia en los procesos productivos y de comercialización.

El capítulo III de la Ley de Competencia establece el marco regulador de la fusión, incluyendo a ésta dentro de la definición de concentración. Dicho capítulo consta de siete artículos, el primero de los cuales se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 16.- Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo

³³ *Supra*, I.3.2, pág. 9.

objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

De acuerdo con lo previsto en el artículo 17, la Comisión, al investigar una concentración, deberá considerar que ésta:

- "I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;
- II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante, y
- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley."

Asimismo, el artículo 18 establece que para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de la Ley de Competencia, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos:

- "I. El mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de esta ley;

- II. *La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 13 de esta ley, el grado de concentración en dicho mercado, y*
- III. *Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el reglamento de esta ley."*

De la lectura de los artículos 17 y 18 resultan los dos principales criterios empleados en la determinación de concentraciones: el mercado relevante y la participación del agente económico en el mercado relevante. Sobre el particular se hablará más adelante en este capítulo, limitándome por ahora a mencionar lo que establece la Ley de Competencia al respecto.

El artículo 12 de la Ley de Competencia establece que para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

- "I. *Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;*
- II. *Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero,*

teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados, y
- IV. Las restricciones normativas de carácter federal, o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos."

En cuanto a la manera para determinar el poder sustancial que un agente económico tiene en el mercado relevante, el artículo 13 de la Ley de Competencia establece que deberá considerarse:

- "I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;
- II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
- III. La existencia y poder de sus competidores;
- IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

- V. *Su comportamiento reciente, y*
- VI. *Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley."*

Los artículos 19 a 22 de la Ley de Competencia establecen las medidas o sanciones que la Comisión está facultada para imponer, así como ciertas reglas de procedimiento relativas a las concentraciones. Aun cuando más adelante en este capítulo analizaré con mayor detalle el procedimiento ante la Comisión, y con ello sus facultades, creo conveniente transcribir a continuación los citados artículos a fin de dar cierta lógica a este apartado.

"ARTÍCULO 19.- Si de la investigación y desahogo del procedimiento establecido por esta ley resultara que la concentración configura un acto de los previstos por este capítulo, la Comisión, además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá:

- I. *Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que fije la Comisión; o*
- II. *Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.*

ARTÍCULO 20.- Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:

- I. Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;
- II. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;
o
- III. Si en la transacción participan, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientas mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Para la inscripción de los actos que conforme a su naturaleza deban ser inscritos en el Registro Público de Comercio, los agentes económicos que estén en los supuestos I a III deberán acreditar haber obtenido resolución favorable de la Comisión o haber realizado la notificación a que se refiere este artículo sin que dicha Comisión hubiere emitido resolución en el plazo a que se refiere el siguiente artículo.

ARTÍCULO 21.- Para los efectos del artículo anterior, se estará a lo siguiente:

- I. La notificación se hará por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los agentes económicos involucrados, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida:

- II. La Comisión podrá solicitar datos o documentos adicionales dentro de los veinte días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar dentro de un plazo de quince días naturales, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados;
- III. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin emitir resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción alguna;
- IV. En casos excepcionalmente complejos, el Presidente de la Comisión, bajo su responsabilidad, podrá ampliar el plazo a que se refieren las fracciones II y III hasta por sesenta días naturales adicionales;
- V. La resolución de la Comisión deberá estar debidamente fundada y motivada; y
- VI. La resolución favorable no prejuzgar sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados.

ARTÍCULO 22.- No podrán ser impugnadas con base en esta ley:

- I. Las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa; y
- II. En tratándose de concentraciones que no requieran ser previamente notificadas, después de un año de haberse realizado."

III.2 Regulación en el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

Como ya indiqué anteriormente³⁴, la publicación y entrada en vigor del Reglamento significó un complemento fundamental al marco jurídico de la competencia económica. A continuación señalaré algunos ejemplos de los aciertos del Reglamento en cuanto complemento a las disposiciones de la Ley de Competencia en materia de concentraciones, para después pasar al análisis de los criterios que sigue la Comisión en la evaluación de concentraciones.

Primero, el artículo 14 del Reglamento (en relación con el artículo 18, fracción II de la Ley de Competencia) reduce los esfuerzos de la Comisión en la identificación de los agentes económicos que abastecen al mercado de que se trate, limitando su labor a la identificación de por lo menos los principales agentes que en conjunto abastecen dicho mercado.

"ARTÍCULO 14.- La identificación de los agentes económicos a que se refiere la fracción II del artículo 18 de la Ley [de Competencia], deberá referirse por lo menos a los principales agentes

³⁴ *Supra*, II.4, pág. 27.

económicos que en su conjunto abastecen al mercado relevante."

Estimo que esta disposición ayudará en gran medida a la Comisión a hacer más eficientes sus procesos de investigación y a dar mayor celeridad a las resoluciones que deba emitir.

Segundo, la fracción I del artículo 15 del Reglamento concreta un elemento que ya venía tomando en cuenta la Comisión en la evaluación de concentraciones³⁵: las ganancias en eficiencia. En efecto, dicha disposición establece que:

"ARTÍCULO 15.- Para determinar si una concentración debe ser impugnada y sancionada, de conformidad con la fracción III del artículo 18 de la Ley [de Competencia], se considerarán adicionalmente los criterios siguientes:

- I. La valoración en el mercado relevante de las ganancias en eficiencia que, en los términos del artículo 6° de este Reglamento, puedan derivarse de la concentración, mismas que deberán ser acreditadas por los agentes económicos que la realicen;
- II. Los efectos de la concentración tanto en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, como en otros mercados y agentes económicos relacionados, y

³⁵ Por ejemplo, en el caso Kimberly-Clark Corporation y Scott Paper Company, mismo que se analiza en el capítulo VI de esta tesis.

III. La participación accionaria del agente o agentes económicos involucrados en la transacción en otros agentes económicos que participen directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados.

Cuando no sea posible identificar a los accionistas indirectos, esta circunstancia deberá quedar plenamente justificada."

Así, el artículo 6 del Reglamento considera ganancias en eficiencia, entre otras:

- a) la obtención de ahorros en recursos que permitan al presunto responsable, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;
- b) la obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;
- c) la disminución significativa de los gastos administrativos;
- d) la transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado; y

- e) la disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o comercialización.

Tercero, en lo que a fusiones se refiere, la fracción III del artículo 17 aclara que la notificación que en términos del artículo 20 de la Ley de Competencia deba realizarse, deberá hacerse antes de que se lleve a cabo la firma de un convenio de fusión entre los agentes económicos involucrados. Con esto se dejan a un lado las diferencias de opiniones que prevalecían hacia el interior de la Comisión. Dicha disposición establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 17.- La notificación de las concentraciones a que se refiere el artículo 20 de la Ley [de Competencia] deberá hacerse antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;
- II. Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro agente económico, o se adquieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro agente económico;

- III. *Se lleve a cabo la firma de un convenio de fusión entre los agentes económicos involucrados, o*
- IV. *Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en dicho artículo.*

En el caso de concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberán notificarse antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional."

Cuarto, el artículo 18 establece que la obligación de notificar una concentración corresponde al fusionante, al adquirente del control de una sociedad o asociación o a quien pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular acciones, partes sociales, participaciones en fideicomisos o activos objeto de una transacción, sin perjuicio de que lo pueda hacer cualquiera de los agentes económicos involucrados en la transacción. Considero que éste es también un paso importante en la eficiencia del procedimiento desahogado ante la Comisión, ya que la Ley de Competencia no especificaba a cargo de quién corría dicha obligación y por lo tanto era práctica común que, por ejemplo, en el caso de una fusión, fueran tanto el fusionante como el fusionado quienes realizaban la notificación, incurriendo, en ocasiones, en un doble pago de derechos por concepto de estudio y trámite de la notificación correspondiente.

Finalmente, quizás uno de los puntos mas controvertidos del Reglamento sea la redacción de la fracción I del artículo 21, mismo que establece que:

"ARTÍCULO 21.- No será necesario notificar en los términos de los artículos 20 y 21 de la Ley [de Competencia]:

- I. *Los actos jurídicos sobre acciones o partes sociales de sociedades extranjeras, cuando los agentes económicos involucrados en dichos actos no adquieran el control de sociedades mexicanas, ni acumulen en territorio nacional acciones, partes sociales, participación en fideicomisos o activos en general, adicionales a los que, directa o indirectamente, posean antes de la transacción, y*

- II. *La transacción en la que un agente económico tenga en propiedad y posesión, directa o indirecta, por lo menos durante los últimos tres años, el 98% de las acciones o partes sociales de él o los agentes económicos involucrados en la transacción. En este caso, los agentes económicos sólo deberán dar aviso a la Comisión, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se realice la transacción, mediante escrito que deberá contener:*
 - a) *Nombre, denominación o razón social de los agentes económicos que participan directa o indirectamente en la transacción;*

 - b) *Nombre del representante legal, documentos que acrediten su personalidad, y domicilio para oír y recibir notificaciones;*

- c) *Certificación de la persona legalmente facultada para ello de la estructura del capital social de los agentes económicos participantes antes y después de la concentración, distinguiendo la participación de cada accionista directo e indirecto, acreditando fehacientemente que la concentración es una reestructuración corporativa, y*
- d) *Descripción sucinta de la transacción."*

De la lectura de la fracción I del citado artículo pareciera que, tratándose de fusiones, el único supuesto posible en el que no es necesario notificar una fusión en el extranjero, es aquel en el que una sociedad extranjera ("A"), que cuenta con una subsidiaria mexicana ("A-Mex"), se fusiona con otra sociedad extranjera ("B"), subsistiendo A y extinguiéndose B en A. En este caso no hay ni la adquisición del control de A-Mex ni la acumulación adicional a que se refiere la disposición en cuestión. Pareciera que cualquier otra combinación distinta a la anterior debiera notificarse, situación que a mi parecer es demasiado estricta.

En adición a lo anterior, considero que en la disposición de la fracción I del artículo en cuestión va más allá de las disposiciones de la propia Ley de Competencia, pues introduce el concepto de cambio de "control", al cual en ningún momento se

refiere la Ley de Competencia³⁶. Este punto representa una cuestión de suma delicadeza, pues puede darse el caso que un agente extranjero adquiriera una participación minoritaria en una sociedad mexicana y que como resultado de ello se cree una condición de monopolio: Supongamos que "A", una sociedad extranjera que cuenta con una participación del 20% en el mercado de tabaco mexicano (a través de exportaciones hacia México), adquiere el 35% de "B", una sociedad mexicana que detenta una participación del 65% en dicho mercado. Al consumarse dicha adquisición, B incrementa su participación en el mercado correspondiente hasta un 85%, convirtiéndose prácticamente en un monopolio y sin que A haya adquirido el control de B.

Por último, la fracción II del citado artículo pone fin de alguna manera a la incertidumbre de si las reestructuraciones corporativas deben ser notificadas. Queda claro ahora que los agentes económicos están exentos de notificar una concentración

³⁶ El concepto de "control" está sujeto a diferentes puntos de vista, desde el corporativo, en el cual se puede tener control a través de una participación mayoritaria en el capital de una sociedad y mediante el ejercicio del voto en la asamblea de accionistas y en las sesiones del consejo de administración, hasta el operativo, en el cual un accionista puede tener un control de facto sobre una sociedad con motivo de las relaciones comerciales intercompañías.

de esa naturaleza y bajo las condiciones previstas, siempre que den aviso a la Comisión dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se realice la transacción. La razón de ser de esta disposición es que en estos casos no se trata de dos agentes económicos distintos, sino que las compañías involucradas pertenecen a un mismo grupo corporativo, organizado bajo una sociedad tenedora de acciones, o *holding*.

III.3 Criterios para la investigación de concentraciones.

Antes de pasar a describir los métodos que sigue la Comisión para determinar el mercado relevante, el análisis de concentración, el poder sustancial y las ganancias en eficiencia, deseo aclarar que para ilustrar dichos métodos he tomado como punto de partida el artículo preparado por el Dr. Pascual García Alba Iduñate³⁷; este estudio es uno de los más completos y profundos que se ha escrito en la materia y que ha dado origen a lo que hoy en día algunos autores identifican como el "Índice de PGA", un índice de dominancia al cual haré referencia a lo largo de los siguientes apartados y capítulos (en lo sucesivo el

³⁷ Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia, en Informe de Competencia Económica, Segundo semestre de 1996, Comisión Federal de Competencia, México, págs. 97-133.

"Índice de Dominancia"). Para un mayor entendimiento de los conceptos aquí expresados, recomiendo ampliamente la lectura del citado artículo por su enorme contribución al desarrollo de la política de competencia en nuestro país.

Con la intención de no desvirtuar el gran trabajo del Dr. García Alba, en los siguientes apartados me he permitido transcribir parte de su artículo y de los ejemplos proporcionados por él mismo.

III.3.1 Mercado relevante.

El mercado relevante ha sido definido como "aquel en el que tiene verificativo la práctica [monopólica] y se refiere al bien o servicio en cuestión. Generalmente tiene tres dimensiones: la dimensión del producto, la dimensión geográfica y una dimensión temporal. La primera se refiere a la identificación de un producto en relación a otros. Implica descubrir hasta que punto consideran los consumidores que dos bienes o servicios son iguales o similares entre sí de manera que en caso de que el precio de uno de ellos aumentara, o su abasto disminuyera, estuvieran dispuestos a considerar al otro bien o servicio como

sustituto. La dimensión geográfica del mercado se refiere al alcance de la producción y distribución de los bienes y servicios, lo que está íntimamente ligado con la posibilidad de abastecer cierto mercado desde otras regiones. [...]. En general, la competencia del exterior será un criterio importante para determinar el mercado relevante. Finalmente, el abasto proveniente de otras regiones debe ser oportuno, de tal forma que los efectos sobre los precios o el abasto, resultantes de una práctica monopólica relativa, solo sean temporales. A esto se refiere la dimensión temporal"³⁸.

III.3.1.1 Características generales del mercado relevante.³⁹

La Ley de Competencia no define el mercado relevante; lo único que establece son los criterios necesarios para su identificación.

En base a lo anterior, el Dr. García Alba Iduñate señala que: "[e]n primer lugar, la relevancia a que debe referirse el concepto de mercado relevante es la que se relaciona con el

³⁸ Ley Federal de Competencia Económica, folleto preparado por la Comisión Federal de Competencia, 1994, págs. 22-22.

³⁹ Véase Pascual García Alba Iduñate, op. cit., págs. 112-114.

objeto de la ley. En ese sentido, la determinación del mercado relevante debe servir para detectar prácticas que disminuyen el bienestar social al ser contrarias a la eficiencia económica, mediante acciones anticompetitivas".

Segundo, la capacidad de los agentes económicos para afectar de manera negativa a la competencia depende de su poder de mercado; en ese sentido, el mercado relevante es uno en el que es posible que se registren practicas contrarias a la competencia.

Tercero, los criterios para determinar el mercado relevante a que se refiere el artículo 12 de la Ley de Competencia, guardan relación con las condiciones para que ese en ese mercado sea posible la existencia de poder sustancial de mercado. Así, por ejemplo, la sustituibilidad a que hace referencia la fracción I del artículo 12 sería un obstáculo para que los productores de un bien X aumentaran sus precios por encima de los de la competencia, pues en ese caso los consumidores optarían por sustituir ese bien X con otros bienes Y y Z como sustitutos cercanos de X.

Habiendo descrito brevemente las características anteriores, ahora describiré el procedimiento seguido por la Comisión en la determinación del mercado relevante.

III.3.1.2 Procedimiento para la determinación del mercado relevante.

A diferencia de otras autoridades de competencia en el mundo, la Comisión ha optado por un procedimiento alternativo tanto en la determinación del mercado relevante como en el análisis de competencia.

El análisis para determinar el mercado relevante requiere que éste se realice con base en los detalles concretos de los casos concretos. "Este procedimiento consistiría en analizar si el aumento proporcional de precios es sustancialmente mayor tomando en cuenta el mercado conjunto de los bienes producidos por la empresa resultante de la concentración, que si se consideran los mercados por separado⁴⁰." En opinión del Dr. García Alba Iduñate, un procedimiento de tales características y que toma en cuenta las direcciones del análisis que los mismos casos

⁴⁰ *Ibid*, pág. 115.

sugieren, evitando de esa manera las principales deficiencias de un enfoque determinista, sería algo como lo siguiente:

"Llamemos A al producto para el cual se pretende determinar su mercado o mercados relevantes. Lo primero será considerar todos los grupos posibles de productos que incluyan a A solamente, o a A y a uno o más de los sustitutos de este producto en los que tienen participación significativa el agente o agentes involucrados en la práctica o concentración que se analiza. En el caso de que el o los agentes involucrados participen en la producción de sustitutos indirectos de A, éstos sólo se tomarían en cuenta si también participan en los bienes a través de los cuales se establece esa sustitución indirecta. Así, si el agente o agentes participan en C, el cual es un sustituto indirecto de A porque es sustituto directo de B, el cual es a su vez sustituto directo de A, C sólo se considerará si el agente o los agentes investigados también participan en B. El grupo o grupos de productos sustitutos así determinados son analizados para ver si en alguno o algunos de ellos es probable el ejercicio de poder sustancial de mercado."⁴¹ [...]

⁴¹ Para ello se puede seguir el análisis del monopolista hipotético que propone el método usual, en el cual se analiza si un monopolista hipotético podría incrementar el precio A de manera significativa.

Si algún o algunos de los grupos mencionados de productos es en principio compatible con el ejercicio de poder sustancial, a ese grupo o grupos se les toma como el o los mercados relevantes de A y se termina el análisis para la determinación del mercado relevante, para proceder a continuación con el resto del análisis de competencia, para aquilatar si el agente o los agentes particulares tienen, o pueden adquirir en el caso de las concentraciones, un poder sustancial, para posteriormente, en el caso de prácticas monopólicas relativas y si existe tal poder, determinar si son contrarias a la eficiencia económica. Si ninguno de los mencionados grupos es compatible con el poder sustancial, se concluye que el mercado o mercados relevantes son más amplios y que incluyen productos en los que el o los agentes involucrados no tienen una participación apreciable. En este caso tampoco sería necesario abundar en el análisis del mercado relevante; de hecho, no sería necesario continuar con ningún otro análisis de competencia, pues en esta situación, cualquiera que resultara ser un mercado relevante, el o los agentes involucrados no tendrán poder sustancial en el mismo. Ello es así porque si un monopolista hipotético no tiene poder de mercado en un grupo de productos más reducido que el mercado relevante, tampoco lo

tendrán los agentes involucrados, los que por fuerza tampoco lo tendrán si se amplía el mercado para incluir a otros productos en cuyos mercados dichos agentes no participan.

Lo anterior puede parecer más complicado de lo que en realidad es, por lo que cabe ilustrarlo con ejemplos simples. Supongamos primero que se quiere determinar si un agente tiene poder sustancial en A, y que este agente produce también los productos sustitutos B y C, además de un número indeterminado de productos que no son sustitutos ni directos ni indirectos de A. A continuación se consideran los casos posibles:

Caso 1:

En este caso B y C son sustitutos directos de A, por lo que siguiendo el procedimiento indicado se forman preliminarmente los grupos A, A+B, A+C y A+B+C. Luego se analiza para cuales de los mercados correspondientes es posible que un monopolista hipotético incremente apreciablemente el precio de A. El o los mercados en que se dé esta situación se consideran como mercado o mercados relevantes, y se da por terminado el análisis para la determinación del mercado relevante. Si ninguno de los grupos señalados pasan este criterio se concluye que el o los mercados

relevantes son más amplios que cualquiera de los considerados, pero que cualesquiera que sean los mercados relevantes, el agente involucrado no tiene poder en ellos, con lo que se daría por terminado no sólo el análisis del mercado relevante, sino también el de si el agente tiene poder sustancial, que es al fin y al cabo el objeto de determinar el mercado relevante. En esta última situación, no se cumpliría al menos la fracción I del artículo 11, que señala que para que una práctica relativa se considere ilegal, el agente debe tener poder sustancial en el mercado relevante.

Caso 2:

Ahora se supone que B es sustituto directo de A, pero que C sólo es un sustituto indirecto de este bien, por ser a su vez sustituto de B. En este caso se consideran los grupos A, A+B y A+B+C. A diferencia del ejemplo anterior, se excluye A+C, porque C sólo influye en A a través de B. Luego, con estos grupos se procede igual que en el ejemplo anterior.

Caso 3:

Al igual que en el caso anterior, B es sustituto directo de A, pero C es ahora sustituto indirecto de A a través de un bien D

en el que el agente no participa. Los grupos preliminares se definen ahora como A y A+B únicamente, pues de nada le serviría al agente manipular la oferta de C para beneficiar la demanda de A, si no tiene ninguna capacidad de manipular también D, cuyos productores serían en este caso los beneficiarios de ese intento.

Caso 4:

Por último, se supone ahora que tanto B como C son sólo sustitutos indirectos de A, y que el agente no participa en los sustitutos directos a través de los cuales se da la sustitución indirecta de B y C con A. En este caso, el único mercado que califica preliminarmente es el constituido únicamente por A. Si A constituye un mercado relevante, éste se toma como el único mercado relevante para el propósito de determinar si el agente considerado tiene poder sustancial. De otra manera, si el mercado de A no es compatible con la existencia de poder sustancial, por existir otros productos que son sustitutos directos cercanos, pero en los que no participa el agente investigado, se puede concluir que este último no tiene poder sustancial.

Los ejemplos anteriores son demasiado simples si se les compara con las posibilidades teóricas, mas no del todo

diferentes a los casos concretos que analiza la Comisión. Si se tratara de casos concretos más complicados, el procedimiento empleado tendría que considerar combinaciones del producto A con los demás sustitutos de éste en los que el agente económico correspondiente tenga una participación significativa.

Tratándose de concentraciones, por ejemplo de una fusión, el procedimiento considera como el mercado inicial A al que sea un objeto de la concentración, y el análisis se repite, en su caso, para tantos bienes como los que fueran objeto de la concentración. Las combinaciones o grupos a considerar estarán constituidos por A y los productos sustitutos de A que produzca el agente concentrador.

III.3.1.3 Dimensión geográfica del mercado relevante.

Para la determinación de la dimensión geográfica la Comisión sigue de manera general los mismos criterios empleados para la determinación de los productos que forman parte del mercado relevante. Sin embargo, existen ciertas reglas especiales que la Comisión debe seguir en su labor de determinar la dimensión geográfica de un mercado relevante.

En primer lugar, la Comisión tiene como regla el no fragmentar excesivamente los mercados, ni tampoco concentrarlos en regiones demasiado amplias, pues en ambos casos se dificultaría la labor de análisis.

En atención a lo anterior, en la mayoría de los casos se determina que el mercado relevante es de carácter nacional y para llegar a esa conclusión, la Comisión considera que la existencia de barreras al comercio internacional para productos de importación (ya sean arancelarias o no arancelarias), sumadas a los elevados costos de transporte y a las restricciones administrativas, justifican la dimensión nacional del mercado respectivo.

Por el contrario, cuando a nivel nacional existen determinadas zonas en las cuales los agentes involucrados tienen una participación mayor comparada con otras regiones, entonces la Comisión realiza un análisis especial para esas zonas. Estos casos han sido excepcionales en la práctica de la Comisión.

La segunda regla que sigue la Comisión al determinar la dimensión geográfica del mercado relevante, es la consideración de las importaciones y su tratamiento en el mercado relevante. Es de especial importancia para el análisis correspondiente el sumar a la oferta nacional las importaciones de productos elaborados tanto por empresas extranjeras como por sus subsidiarias en México, especialmente cuando las subsidiarias son al mismo tiempo distribuidoras exclusivas de esos productos en territorio nacional. Sin embargo, ya dije que si las importaciones enfrentan barreras al comercio, entonces es inútil incorporarlas al mercado nacional⁴².

Finalmente se sostiene que un mercado será internacional cuando las condiciones de trato a las importaciones son favorables y los costos para su internamiento son relativamente bajos.

⁴² El mercado relevante considera únicamente a competidores que están en posibilidad de aumentar su oferta ante un aumento del precio de uno de ellos; la existencia de barreras al comercio internacional deja fuera del mercado a los productos de importación.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

III.3.2 Análisis de concentración.

Habiendo determinado el mercado relevante, la Comisión se da a la tarea de analizar la estructura del mercado correspondiente. A este análisis se le conoce como "análisis de concentración", y no debe ser confundido con la investigación general de una transacción que resulta en la concentración de dos o más agentes económicos.

Una vez más la Comisión ha sido precursora en la creación e implementación de un índice diferente al utilizado tradicionalmente por las autoridades de competencia en el resto del mundo. La Comisión ha denominado a este índice como "Índice de Dominancia"⁴³ y para explicar la forma en que se calcula éste, primero analizaré de manera breve el índice tradicional, es decir, el índice Herfindahl-Hirschman (en lo sucesivo el "Índice Herfindahl").

⁴³ Algunos autores lo han identificado como el "Índice García Alba".

III.3.2.1 Índice Herfindahl.

El índice Herfindahl resulta de la suma del cuadrado de las participaciones de cada una de las empresas en un mercado determinado: $(H = \sum_i q_i^2)$. El valor del índice Herfindahl normalmente se considera entre cero y uno (o entre cero y diez mil si se toma como porcentaje), en donde cero representa un mercado en el que existe una situación de competencia perfecta y uno representa un mercado absolutamente monopolizado.

Según apunta el Dr. García Alba⁴⁴, la teoría ha establecido que bajo ciertos supuestos respecto del comportamiento de las empresas (competencia del tipo Cournot), y si además existen costos constantes y las empresas son todas del mismo tamaño, este índice tiene una relación directa con las pérdidas de eficiencia económica en comparación con una situación en la que hubiera una competencia perfecta en el mercado (existiendo un gran número de empresas todas del mismo tamaño).

El problema que ofrece el índice Herfindahl en la práctica es que éste aumenta con cualquier concentración de empresas; es

⁴⁴ *Op. cit.*, pág. 126.

decir, no considera que pueden existir concentraciones que en vez de disminuir la competencia, la aumenten mediante el fomento de una mayor eficiencia económica.

La tabla que se incluye en el apartado siguiente muestra un ejemplo del cálculo del Índice Herfindahl.

III.3.2.2 Índice de Dominancia.

De manera congruente con las disposiciones del artículo 13 de la Ley de Competencia (fracciones I y III), y atendiendo a las dificultades ofrecidas por el Índice Herfindahl, la Comisión ha desarrollado un índice que, a diferencia del Índice Herfindahl, no se incrementa con cualquier concentración, sino que disminuye en caso de concentraciones entre empresas pequeñas. Ello debido a que considera la participación de las empresas en determinado mercado en relación directa con la participación del resto de las empresas en ese mismo mercado. Es, por tanto, un índice de dominancia y no de concentración.

El Índice de Dominancia consiste en la aplicación doble del Índice Herfindahl. En primer lugar se calcula el Índice

Herfindahl de la manera tradicional; luego se calcula la contribución de cada empresa al valor del Índice Herfindahl (h_i), la cual es igual al cuadrado de su participación en la oferta, dividido entre el valor de H ($h_i=q_i^2/H$). Posteriormente se calcula nuevamente el Índice Herfindahl, sólo que esta vez se utilizan las contribuciones h_i al H original, en vez de las participaciones q_i en el mercado ($D=\sum_i h_i^2$).

La siguiente tabla muestra una aplicación teórica del cálculo tanto del Índice Herfindahl como del D. Aquí se muestra como el índice D aumenta en los casos de concentraciones entre empresas de gran tamaño mientras que en los casos contrarios su incremento es negativo. Por su parte, el aumento en el Índice Herfindahl siempre es positivo, aun tratándose de concentraciones entre empresas pequeñas. Esta tendencia del Índice Herfindahl es la que puede considerarse como un riesgo para la eficiencia de los mercados, pues ello normalmente lleva a las autoridades de competencia que lo aplican a determinar posibles riesgos a la competencia cuando ésta pudiera no verse afectada.

Original		Fusiones de					
		1 con 3	2 con 4	4 con 5	4 con 7	5 con 6	6 con 7
q1	0.25	0.40	0.25	0.25	0.25	0.25	0.25
q2	0.20	0.20	0.35	0.20	0.20	0.20	0.20
q3	0.15	-----	0.15	0.15	0.15	0.15	0.15
q4	0.15	0.15	-----	0.25	0.20	0.15	0.15
q5	0.10	0.10	0.10	-----	0.10	0.20	0.10
q6	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	-----	0.15
q7	0.05	0.05	0.05	0.05	-----	0.05	-----
P	0.2327	0.4650	0.3710	0.2506	0.2283	0.2251	0.2199
ΔP	-----	0.2323	0.1382	0.0179	-0.0044	-0.0076	-0.0128
H	0.1700	0.2450	0.2300	0.2000	0.1850	0.1900	0.1800
ΔH	-----	0.0750	0.0600	0.0300	0.0150	0.0200	0.0100

III.3.2.3 Estimación de los índices.

Ya he hablado sobre los diferentes métodos para analizar el grado de concentración respecto de la estructura de un mercado determinado. Sin embargo, queda por definir cuándo el resultado de dicho análisis debe ser considerado como un riesgo para el proceso de competencia.

En ese sentido, el Pleno de la Comisión, en su sesión del 4 de junio de 1998, emitió la "Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación" (en lo sucesivo la "Resolución"); dicha resolución fue publicada en el DOF el día 24

de julio de 1998, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del Reglamento.

La Resolución establece el procedimiento para llevar a cabo el análisis de concentración en torno al índice D, confirmando lo ya dicho en el apartado III.3.2.2 anterior. Además, la Resolución establece en su punto cuarto, que:

"La Comisión considerará que una concentración tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando el resultado estimado de la concentración arroje alguno de los siguientes resultados:

- 4.1. El aumento de H sea menor de 75 puntos;
- 4.2. El valor de H sea menor de 2,000 puntos;
- 4.3. Disminuya el valor de ID⁴⁵;
- 4.4. El valor de ID sea menor de 2,500 puntos."

Adicionalmente la Resolución establece en su punto quinto que:

"La Comisión considerará que una concentración puede disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia, aún cuando las estimaciones de los índices actualicen alguno de los resultados referidos en el punto [cuarto], cuando los agentes económicos involucrados en la concentración se ubiquen en cualquiera de los siguientes casos:

⁴⁵ ID se define como el Índice de Dominancia.

- 5.1 *Hayan participado en concentraciones previas en el mismo mercado relevante.*
- 5.2 *Por su relación patrimonial con otros agentes, puedan adquirir acceso privilegiado a algún insumo importante, u obtener ventajas en la distribución, comercialización o publicidad del bien o servicio del mercado relevante.*
- 5.3 *Tengan o puedan llegar a adquirir poder sustancial en mercados relevantes relacionados.*
- 5.4 *Actualicen algún otro supuesto que a juicio de la Comisión pudiera significar una concentración de poder de mercado que no se refleja en las participaciones actuales en el mercado relevante y, por tanto, su efecto no es captado por los índices de concentración."*

Por último, señalaré que tanto la Resolución (punto primero) como el Reglamento (artículo 10), establecen que la determinación de las participaciones de mercado se harán tomando en cuenta los indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva y cualquier otro factor que la Comisión estime pertinente.

III.3.3 Poder sustancial.

En cuanto al poder sustancial, solo diré que el artículo 13 de la Ley de Competencia, mismo que transcribí en la sección

III.1 del presente capítulo, establece las bases para su determinación. La fracción I del citado precepto sugiere un concepto de poder sustancial al señalar que un agente económico tiene poder sustancial si puede fijar precios de manera unilateral o restringir el abasto del bien correspondiente sin que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder. Por lo que se refiere a las demás fracciones del artículo 13, éstas establecen ciertas condiciones bajo las cuales es posible la existencia de poder sustancial.

Por su parte, el Reglamento establece en su artículo 12 que en la determinación de si un agente económico tiene o no poder sustancial en el mercado relevante, la Comisión deberá además considerar:

- "I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;*
- II. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación; y*
- III. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores."*

Por último, cabe aclarar que un elevado índice de concentración puede ser indicio de la existencia de poder

sustancial por parte de una empresa, pero esta no debe ser considerada como una regla general.

III.3.4 Ganancias en eficiencia.

Desde antes de la entrada en vigor del Reglamento, la Comisión consideraba dentro de su investigación las posibles ganancias en eficiencia que se obtenían a través de una concentración. Para ello, requería que los agentes económicos involucrados justificaran plenamente la relación existente entre dichas ganancias y los procesos de producción, distribución o comercialización, según fuera el caso.

Para reafirmar esta práctica hacia el interior de la Comisión, el Reglamento prevé en su artículo 6 que:

“Los agentes económicos podrán acreditar ante la Comisión si las ganancias en eficiencia que se deriven de la práctica monopólica relativa inciden favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, lo cual deberá tomar en cuenta en la evaluación de las conductas a que se refiere el artículo 10 de la Ley [de Competencia].

Se considerarán ganancias en eficiencia, entre otras:

- I. *La obtención de ahorros en recursos que permitan al presunto responsable, de manera permanente,*

producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;

- II. La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;*
- III. La disminución significativa de los gastos administrativos;*
- IV. La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado; y*
- V. La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución."*

Cabe señalar que las ganancias en eficiencia en ningún caso, de los hasta ahora resueltos por la Comisión, han sido de tal magnitud que hayan contrarrestado los efectos anticompetitivos de las concentraciones respectivas.

III.4 Procedimiento para la notificación de una fusión.

Para efectos del presente apartado, consideraré que el procedimiento se relaciona con la notificación de una concentración, consistente en la fusión entre las sociedades A y B, en la cual A subsiste y B se extingue en A.

Asumamos que dicha fusión se ubica dentro de uno de los supuestos previstos en las fracciones I a III del artículo 20 de la Ley de Competencia y que la misma no se encuentra exenta del requisito de notificación en términos del artículo 21 del Reglamento. En este caso, según lo dispone el artículo 18 del Reglamento, la sociedad A está obligada a notificar la concentración a la Comisión con anterioridad a la firma del contrato de fusión⁴⁶; de lo contrario, la Comisión podrá imponer la multa de hasta el equivalente a 100 mil veces el SMGVDF prevista en la fracción VI del artículo 35 de la Ley de Competencia.

La notificación correspondiente debe hacerse por escrito y debe contener tanto la información requerida por la fracción I del artículo 21 de la Ley de Competencia como la indicada en el artículo 20 del Reglamento. Es importante considerar las disposiciones sobre información adicional que puede llegar a solicitar la Comisión en términos de la fracción II del artículo 21 de la Ley de Competencia, del tercer párrafo del artículo 20 del Reglamento y del Criterio CIP-001 del 10 de julio de 1997,

⁴⁶ Es necesario distinguir entre el acuerdo de fusión, el cual se considera como una mera manifestación unilateral de la voluntad de las sociedades a fusionarse, y el acto de fusión, que consiste en la ejecución del primero y tiene como resultado la celebración de un contrato de fusión.

pues la falta de presentación puede traer como consecuencia el que no se tenga por notificada la concentración y de ahí la aplicación de sanciones económicas.

Una vez presentada la notificación, la Comisión inicia su investigación con la definición del mercado relevante, siguiendo el procedimiento descrito en el apartado III.3.1.2 de este capítulo. Dentro de la definición del mercado relevante, la Comisión considera si el o los agentes tienen o no poder sustancial en el mercado correspondiente. Si los agentes tienen poder sustancial, entonces se pasa al análisis de concentración. De lo contrario, se da por terminado el procedimiento y la Comisión no objeta la concentración notificada.

Definido el mercado relevante, y habiendo poder sustancial, la Comisión lleva a cabo el análisis de concentración aplicando el Índice de Dominancia desarrollado por ésta y al cual hice referencia en el apartado III.3.2 anterior. Si de dicho análisis existen indicios de que la concentración pueda tener efectos anticompetitivos, entonces se pasa a la última etapa del procedimiento, consistente en determinar si las ganancias en

eficiencia pueden contrarrestar o no el impacto de la concentración en el mercado relevante correspondiente.

Para emitir su resolución, la Comisión cuenta con un plazo de 45 días naturales contados a partir de la fecha de recepción de la notificación (o de la fecha de recepción de la documentación adicional solicitada en términos de la fracción II del artículo 21 de la Ley de Competencia. Dicho plazo puede ser extendido por el Presidente de la Comisión en aquéllos casos excepcionalmente complejos hasta por 60 días naturales adicionales. Si al concluir los plazos a que me he referido anteriormente la Comisión no ha emitido su resolución, se configura la "afirmativa ficta", entendiéndose por tanto que la Comisión no tiene objeción alguna sobre la concentración. En tal caso la Comisión, previa solicitud de parte, está obligada a emitir una constancia de no objeción dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud correspondiente.

Si al concluir su investigación la Comisión determina que la fusión es impugnabile, la Comisión puede objetar que se lleve a cabo aquélla (recordemos que en este ejemplo hasta este momento

no hay acto de fusión, sino sólo el acuerdo entre A y B) o bien, sujetar la realización de la fusión al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones⁴⁷:

- a) llevar a cabo una determinada conducta, o abstenerse de realizarla;
- b) enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;
- c) eliminar una determinada línea de producción;
- d) modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;
- e) obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos, o

⁴⁷ Véase artículo 16, fracciones I a VI del Reglamento.

f) las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia.

Sin embargo, la Comisión no puede imponer condiciones que no se encuentren directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración⁴⁸.

De no encontrar elementos que puedan determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante o la posibilidad de su eventual existencia, entonces la Comisión resolverá no objetar la fusión entre A y B.

Por último, cabe señalar de manera general que contra las resoluciones de la Comisión que ponen fin a un procedimiento o que tienen por no presentada una denuncia o por no notificada una concentración, procede el recurso de reconsideración en términos de los capítulos VII tanto de la Ley de Competencia como del Reglamento.

⁴⁸ *Ibid*, segundo párrafo.

CAPÍTULO IV

REGULACIÓN DE LA FUSIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA.

La regulación de los procesos de fusión dentro de la Comunidad Europea puede enfrentar dos niveles: uno nacional y otro de "dimensión comunitaria"⁴⁹. Por lo tanto, dentro del contexto comunitario, las fusiones no sólo están sujetas a las condiciones nacionales, sino también a que sean compatibles con las condiciones de libre mercado que establece el Tratado de Roma.

Los antecedentes sobre la legislación comunitaria en materia de concentraciones fueron sumamente controvertidos en su inicio. No es sino hasta 1989 cuando se pone fin a un período de incertidumbre y desacierto en la política sobre concentraciones que seguía la Comisión Europea, mediante la publicación y entrada en vigor de la Regulación 4064/89⁵⁰.

En el presente capítulo se analizarán de manera breve los antecedentes a la Regulación 4064/89, de los cuales resultan los

⁴⁹ En el último caso, siempre que se cumplan las condiciones que se describen en el capítulo V de este trabajo.

⁵⁰ Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.

principios que orientaron su implementación. A diferencia del capítulo II de esta tesis, no me detendré a analizar el entorno político y económico bajo el cual fue adoptada la citada regulación; a pesar de su gran importancia y trascendencia, dado lo complejo de la política comercial y económica de la Comunidad Europea, considero que un análisis en ese sentido nos distraería demasiado del objeto de este trabajo. En el caso de México, un análisis en ese sentido se justifica debido a los cambios recientes que ha vivido nuestro país, pero en el caso de la Comunidad Europea habría que ir más de 40 años atrás para poder dar una idea clara del desarrollo comercial y económico en ese mercado.

IV.1 El Tratado de Roma.

Quizá uno de los más grandes desaciertos del Tratado de Roma sea la omisión, dentro del título III, capítulo 1 (Política de Competencia), de un mecanismo legal para el control de fusiones. El pretexto sugerido por algunos autores⁵¹ es que al momento de negociarse el tratado (1956/57) la amenaza de las fusiones no se

⁵¹ Véase *Merger Control in the EEC*, Londres, Kluwer, 1988, preparado por un grupo de despachos jurídicos establecidos en Bruselas, p.222.

percibía y por lo tanto su regulación era innecesaria. De acuerdo con esta idea, en aquél entonces ninguno de los Estados miembro contaba con ningún tipo de legislación en materia de prevención de concentraciones; de hecho, no fue sino hasta 1965 cuando el Reino Unido introdujo la *Monopolies and Mergers Act*⁵² y hasta 1973 cuando Alemania hizo lo propio.

Además, debido a las condiciones políticas y económicas imperantes en esa época, el control o la restricción de concentraciones no era una prioridad; por el contrario, el incremento de éstas era visto como indispensable para la consolidación de un mercado europeo debilitado por la guerra, así como para la creación de empresas capaces de competir en el ámbito internacional.

Cualquiera que haya sido la razón para no incluir disposiciones relativas al control de concentraciones dentro del Tratado de Roma, se desconoce ahora. Sin embargo, algunos otros autores⁵³ consideran que la intención original del Tratado fue que las fusiones fueran reguladas de acuerdo con las disposiciones

⁵² Posteriormente consolidada en la *Fair Trading Act* de 1973.

⁵³ Véase T. Anthony Downes y Jullian Ellison, *The Legal Control of Mergers in the European Communities*, Londres, Blackstone Press Limited, 1991, p. 2.

del artículo 85 del propio tratado. De hecho, tanto la Comisión Europea como la CEJ intentaron superar esa laguna mediante la aplicación de los artículos 85 y 86.

Con la adopción de la Regulación 4064/89 en 1989, la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma son intrascendentes en el ámbito de la Comunidad Europea; sin embargo, la aplicación del artículo 86 aún puede ser invocada por cortes nacionales.

Además de las disposiciones relativas a competencia económica previstas en el título III, capítulo 1, del Tratado de Roma, éste contiene otras disposiciones en la materia, pero que por no estar directamente relacionadas con concentraciones, omitiré su estudio.

A continuación analizaré de manera breve la implicación de ambos artículos antes de la entrada en vigor de la Regulación 4064/89.

IV.1.1 Artículo 85 del Tratado de Roma.

IV.1.1.1 El Memorándum de 1966.

En 1966 la Comisión Europea publicó el *Memorándum sobre concentraciones de empresas en el Mercado Común* (en lo sucesivo el "Memorándum de 1966"). Conforme a este instrumento, el artículo 85 del Tratado de Roma no era aplicable a contratos cuyo objeto fuera la adquisición de la propiedad total o parcial de empresas o la reorganización de la propiedad de empresas. Sin embargo, sí establecía que el resultado de dichas transacciones sería observado a fin de vigilar que como resultado de éstas no se hubieren además celebrado contratos o incurrido en prácticas concertadas bajo el artículo 85(1).

Algunos de los argumentos que la Comisión Europea manifestó en el Memorándum de 1966 para llegar a la conclusión anterior, fueron los siguientes:

- a) La aplicación del artículo 85 a concentraciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de la

Regulación 17⁵⁴ sería inadecuada debido a que el artículo 85(2) califica de nulos los acuerdos referidos en el artículo 85(1). Declarar la nulidad de dichas concentraciones acarrearía daños incalculables dentro de la Comunidad Europea.

- b) El artículo 85 se refiere a contratos o prácticas concertadas y por tanto no podría ser aplicada en el caso en el que una empresa que adquiere acciones de un competidor suyo a través de un mercado de valores (en donde no existe una concertación ni un acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor). No se podría exceptuar este tipo de operaciones pues ello crearía una situación de desigualdad en las transacciones.

- c) La aplicación de este artículo en los términos en los cuales se encuentra redactado daría lugar a una presentación masiva de notificaciones que obstruirían las labores de la Comisión Europea.

⁵⁴ La Regulación 17 es el instrumento a través del cual el Consejo de las Comunidades Europeas implementó los artículos 85 y 86.

De esta manera, la opinión predominante hasta 1987 fue que el artículo 85 no era aplicable a concentraciones y que la regulación de éstas quedaba comprendida dentro del artículo 86.

IV.1.1.2 El caso *Phillip Morris/Rothmans*.

El 17 de noviembre de 1987 la CEJ emitió su sentencia en el caso *Phillip Morris/Rothmans*, determinando la aplicación parcial del artículo 85 a la concentración derivada de la adquisición de acciones entre competidores, siempre que de dicha transacción resultaran restricciones a la competencia.

De la sentencia emitida por la CEJ en el caso antes citado resultaron las siguientes excepciones a algunos de los principios que se venían siguiendo desde el Memorándum de 1966:

1. La aplicación del artículo 85 a los procesos de fusión así como a las concentraciones parciales⁵⁵ debería interpretarse en lo sucesivo a la luz del caso *Phillip Morris/Rothmans*.

⁵⁵ Una concentración parcial se entiende como aquella en la cual dos compañías independientes fusionan parte de sus respectivas áreas de actividad en una unidad indisoluble o irrevocable y cuyo resultado no tiene efectos anticompetitivos hacia las actividades independientes restantes.

2. La política de la Comisión Europea de no aplicar el artículo 85 en los casos de adquisición de participaciones minoritarias entre compañías competidoras directas entre sí mediante contrato cambiaría radicalmente a partir de la sentencia en cuestión.

Finalmente diré que el artículo 85 incluye ciertas excepciones a su aplicación, entre las cuales se puede mencionar la siguiente: si los efectos positivos de una concentración son mayores al impacto negativo de ésta y redundan en beneficio de los consumidores, entonces la prohibición prevista en el artículo 85(1) no es aplicable.

IV.1.2 Artículo 86 del Tratado de Roma.

El artículo 86 del Tratado de Roma prohíbe el abuso del poder sustancial por parte de un agente económico. Esta prohibición se encuentra enfocada a combatir el mal uso de un poder monopolista, más que a prevenir su creación como resultado de una fusión, adquisición o *joint venture*.

Durante la década de los sesenta, la Comisión Europea, al no existir ninguna medida de control de concentraciones en el Tratado de Roma y habiendo descartado la posibilidad de aplicar el artículo 85, pretendió identificar e interpretar el artículo 86 como el más adecuado para lograr dicho control.

Ello llevó a la Comisión Europea a la primera aplicación del Tratado de Roma en materia de fusiones en el caso conocido como *Continental Can*⁵⁶, mismo que eventualmente fue llevado ante la CEJ. *Continental Can* fue el único caso en el que la Comisión Europea prohibió de manera formal una fusión que resultó en el abuso del poder sustancial, aplicando para ello las disposiciones del artículo 86⁵⁷.

IV.1.2.1 Principios generales.

El artículo 86 del Tratado de Roma establece que:

"Cualquier abuso por parte de un agente del poder sustancial dentro del mercado común o en una parte considerable del mismo, será prohibido"

⁵⁶ *Europemballage and Continental Can v Commission* (1973). Véase Downes y Ellison, *op. cit.*, págs. 9-13 y Valentine Korah, "Cases & Materials on EC Competition Law", págs. 74-92 para una síntesis de este caso.

⁵⁷ Véase Downes y Ellison, *op. cit.*, p. 3.

como incompatible con el mercado común en tanto afecte el comercio entre los Estados Miembro."

A diferencia del artículo 85, este precepto no está sujeto a ningún tipo de excepción; la infracción a lo dispuesto en el artículo antes transcrito se configura con la simple existencia del abuso del poder sustancial.

En una de sus resoluciones⁵⁸, la CEJ determinó que existían cinco elementos a considerar en la evaluación del abuso del poder sustancial⁵⁹:

- a) si existe o no poder sustancial en términos del artículo 86;
- b) cuál es el mercado a considerarse;
- c) si ha habido un abuso del poder sustancial;
- d) si dicho abuso afecta el comercio entre los Estados Miembro; y
- e) si el presunto infractor es una unidad económica.

⁵⁸ *Commercial Solvents v Commission* (1974).

⁵⁹ Véase Downes y Ellison, *op. cit.*, p. 4.

Conforme a dichos elementos, la Comisión Europea primero debe identificar el mercado relevante en sus dimensiones de producto y zona geográfica, considerando para ello las posibilidades de sustitución del bien o servicio en cuestión. Posteriormente pasa al análisis del poder sustancial sobre la base de la participación en el mercado, a la estructura competitiva del mismo y a la participación de los competidores en el mercado.

Cabe señalar, como lo indiqué al analizar el proceso que sigue la Comisión para la determinación del poder sustancial⁶⁰, que una elevada participación en el mercado no es necesariamente una violación a las disposiciones de control de fusiones.

IV.1.2.2 Problemas en su aplicación.

El artículo 86 enfrentó varias dificultades al intentar ser utilizado como mecanismo de control de fusiones. Algunas de estas dificultades se mencionan a continuación:

⁶⁰ *Supra*, apartado III.3.3.

1. La Comisión Europea no está facultada para sancionar una concentración por el simple hecho de considerar que puede otorgar al agente poder sustancial en el mercado. Es requisito esencial que haya un abuso del poder sustancial.

2. El artículo 86 no prevé ningún mecanismo formal para la prevención de fusiones. Aún cuando existe un procedimiento para obtener un *negative clearance*⁶¹, éste resulta demasiado lento como para ser considerado un mecanismo adecuado de control previo; el proceso de investigación puede llegar a durar varios años y ello definitivamente afectaría la conclusión de una fusión propuesta.

3. Un tercer argumento en contra del artículo 86 como mecanismo de control de fusiones hace referencia a las facultades que tiene la Comisión Europea para impedir que se lleve a cabo determinada fusión, o bien, para ordenar la desconcentración vía la venta de activos,

⁶¹ Un *negative clearance* es una resolución de la Comisión Europea en la que se establece que determinada concentración no representa ningún daño al proceso de competencia dentro del mercado común.

partes sociales o acciones, por ejemplo. Si bien la Comisión Europea cuenta con dichas facultades, lo extenso de las investigaciones impediría la emisión de una resolución con la suficiente anticipación como para prevenirla o condicionarla.

IV.1.3 Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y la Regulación 4064/89.

La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma queda hoy en día muy clara: ya he dicho que solamente el artículo 86 puede llegar a ser aplicado por las autoridades de competencia nacionales, mas no por la Comisión Europea.

La Regulación 4064/89 establece de manera clara, en su Considerando 6, que los artículos 85 y 86 (aplicables a ciertas concentraciones de acuerdo con el método del caso de la CEJ) son insuficientes para regular la totalidad de las operaciones que pudieran resultar incompatibles con el sistema de competencia deseado en el Tratado de Roma.

IV.2 La European Coal and Steel Community.

El Tratado de París (celebrado en 1951 y con efecto a partir del 1° de julio de 1952) por el que se crea la Comunidad Europea de Acero y Carbón (*European Coal and Steel Community*; en lo sucesivo me referiré a ésta como la "ECSC" por sus siglas en inglés) establece una regulación específica para las concentraciones que se realicen dentro de los mercados de lo que el propio tratado define como "acero" y "carbón".

Además de ser aplicable a los Estados miembro, este tratado se aplica a cualquier empresa que se ubique dentro del significado de "agente económico" que prevé el artículo 80 de la ECSC:

"Para los fines de este Tratado, por "agente económico" se entiende cualquier agente involucrado en actividades de producción en las industrias del acero o del carbón dentro de los territorios referidos en el primer párrafo del artículo 79 y además, para los fines de los artículos 65 y 66 y de la información requerida para su notificación y procedimientos relacionados con ellos, cualquier agente o agencia regularmente

involucrada en la distribución, distinta de la venta a consumidores locales o a pequeñas industrias manufactureras".

En su artículo 66(1), la ECSC establece un sistema de notificación previa en el caso de llevarse a cabo una concentración entre agentes económicos de los cuales por lo menos uno se ubique dentro del artículo 80. Si bien el artículo 66 no define una "concentración", establece que ésta se presenta como resultado de una fusión, adquisición de acciones o partes sociales de los agentes económicos, adquisición de activos, préstamos, contrato o cualquier otro medio de control.

Si bien la ECSC está limitada a los mercados de acero y carbón, en sus orígenes fue considerada como un paso preliminar hacia una comunidad económica total en Europa. Cabe señalar, sin embargo, que las diferencias entre la ECSC y el Tratado de Roma hacen imposible una comparación entre ambos instrumentos. Sólo por señalar una de tantas diferencias, diré que mientras que el Tratado de Roma no incluye ninguna regulación expresa sobre concentraciones y la aplicación de los artículos 85 y 86 siempre estuvo sujeta a controversias, la ECSC ha demostrado ser un

mecanismo eficiente y muy frecuente en la regulación de concentraciones en los sectores del acero y el carbón.

Por último, cabe señalar que la ECSC continúa en vigor y que no ha sido afectada de manera alguna por la Regulación 4064/89.

CAPÍTULO V

LA FUSIÓN DENTRO DE LA REGULACIÓN 4064/89.

Los intentos para implementar una regulación de concentraciones en la Comunidad Europea (independiente del Tratado de Roma) se iniciaron formalmente en 1973, cuando la Comisión Europea emitió su *Commission Proposal for a Regulation of the Council of Ministers on the Control of Concentrations between Undertakings*. Varios proyectos de esta propuesta fueron preparados, pero ninguno de ellos llegó a ser implementado.

El asunto no era demasiado fácil; cuestiones sobre soberanía y jurisdicción entre los Estados Miembro estaban en juego y la idea de otorgar a la Comisión Europea las facultades para regular esta materia no era bien vista por todos los Estados Miembro. Sin embargo, la aproximación del año 1992⁶² y la creación de un mercado único, sirvieron como pretexto para que el 21 de diciembre de 1989 el Consejo de Ministros adoptara la Regulación

⁶² El 7 de febrero fue firmado el Tratado sobre la Unión Europea, también conocido como el Tratado de Maastricht. Este tratado, que entró en vigor el 1 de enero de 1993, consolida la Unión Europea mediante la eliminación de barreras al comercio entre los Estados Miembro.

4064/89. Dicha regulación entró en vigor nueve meses más tarde, el 21 de septiembre de 1990.

La Regulación 4064/89 encuentra su fundamento en los artículos 87 y 235 del Tratado de Roma. El primero de ellos establece la posibilidad de que el Consejo emita regulaciones a fin de implementar las disposiciones de los artículos 85 y 86, mientras que el segundo establece que la Comunidad podrá otorgarse a sí misma los poderes necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, incluyendo aquellos relativos a concentraciones en los mercados de productos agrícolas listados en el propio Tratado de Roma⁶³.

V.1 Objetivo de la Regulación 4064/89.

Aun cuando la Regulación 4064/89 no establece de manera expresa su objeto (como lo hace la Ley de Competencia en su artículo 2), de los considerandos que sirvieron de base para su adopción, es posible deducir el siguiente:

⁶³ Véase considerando 7 de la Regulación 4064/89.

Proteger el proceso de competencia efectiva dentro del mercado común o en una parte sustancial del mismo, mediante el control de concentraciones que puedan restringir dicho proceso, en la medida en que dichas concentraciones impliquen cambios estructurales en el mercado que trasciendan las fronteras de cualquier Estado Miembro.

De aquí que la Comisión Europea esté facultada, como se verá más adelante⁶⁴, para determinar si una concentración con una dimensión Comunitaria es compatible o no con el mercado común, atendiendo tanto a las disposiciones de la propia Regulación 4064/89 como a las del Tratado de Roma.

V.2 Control de las fusiones en la Regulación 4064/89.

A diferencia de lo que hice en el capítulo III al distinguir entre las disposiciones aplicables al control de fusiones tanto en la Ley de Competencia como en su Reglamento para luego pasar al análisis de los criterios para la investigación de concentraciones, en el presente capítulo iré directamente al

⁶⁴ Apartado V.2.1.

estudio de las disposiciones de la Regulación 4064/89 y al propio tiempo las relacionaré con el proceso de investigación⁶⁵.

Con la finalidad de estudiar de una manera clara y lógica las principales disposiciones de la Regulación 4064/89, me permitiré seguir el orden de los principios de dicha regulación, según han sido enumerados por Richard Whish⁶⁶. En los casos en los que sea necesario o conveniente, me detendré a analizar dichos principios y, en su caso, a explicar de qué manera han sido implementados en la práctica.

Antes de continuar con este apartado, es oportuno aclarar que la Regulación 4064/89 fue reformada por la Regulación 1310/97 del 30 de junio de 1997⁶⁷. Las referencias que en lo sucesivo hago a los artículos de la Resolución 4064/89 incluirán dichas reformas y una nota aclarando su modificación.

⁶⁵ Lo anterior se justifica debido a que la Ley de Competencia y el Reglamento regulan, entre otras, a las concentraciones, mientras que la Regulación 4064/89 únicamente se refiere a concentraciones.

⁶⁶ Richard Whish, "Competition Law", third edition, Butterworths & Co (Publishers) Ltd., 1993, London*Edinburgh págs. 705-729.

⁶⁷ Council Regulation (EC) No. 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 180, 9.07.1997. En lo sucesivo la "Regulación 1310/97".

V.2.1 Principios de la Regulación 4064/89.

Los siguientes principios orientan la investigación de concentraciones de acuerdo con la Regulación 4064/89:

1. Concentraciones con dimensión Comunitaria: El artículo 1(1)⁶⁸, establece que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 22, la Regulación será aplicable a todas las concentraciones que tengan una dimensión Comunitaria, según se define en los párrafos (2) y (3) del propio artículo 1.

Por su parte, el párrafo (2) establece que para efectos de la Regulación, una concentración tendrá una dimensión Comunitaria cuando:

"(a) *el volumen total de ventas a nivel mundial de todos los agentes involucrados sea superior a ECU 5,000 millones; y*

(b) *el volumen total de ventas a nivel de la Comunidad de cada uno de por lo menos dos de los agentes involucrados sea superior a ECU 250 millones,*

a menos que cada uno de los agentes involucrados obtenga más de dos terceras partes de su volumen

⁶⁸ Según fue reformado por la Regulación 1310/97.

total de ventas a nivel de la Comunidad dentro de uno y del mismo Estado Miembro."

No obstante lo anterior, el párrafo (3)⁶⁹ dispone que una concentración que no encuadre dentro de los *thresholds* previstos en el párrafo (2) tendrá una dimensión Comunitaria cuando:

- "(a) el volumen total de ventas a nivel mundial de todos los agentes involucrados sea superior a ECU 2,500 millones;
- (b) en cada uno de por lo menos tres Estados Miembro el volumen total de ventas de todos los agentes involucrados sea superior a ECU 100 millones;
- (c) en cada uno de por lo menos tres Estados Miembro incluidos para efectos del párrafo (b), el volumen total de ventas de cada uno de por lo menos dos de los agentes involucrados sea superior a ECU 25 millones; y
- (d) el volumen total de ventas a nivel mundial de cada uno de por lo menos dos de los agentes involucrados sea superior a ECU 100 millones;

a menos que cada uno de los agentes involucrados obtenga más de dos terceras partes de su volumen total de ventas a nivel de la comunidad dentro de uno y del mismo Estado Miembro".

⁶⁹ Según fue reformado por la Regulación 1310/97. Esta reforma fue resultado de la redacción original del artículo 1(3) que establecía que los *thresholds* previstos en el artículo 1(2) serían revisados por el Consejo Europeo al término de los primeros cuatro años de vigencia de la Regulación 4064/89. Como resultado de la reducción de los *thresholds*, un mayor número de concentraciones son notificables a la Comisión Europea.

Es importante notar que los *thresholds* establecidos en las disposiciones anteriores se refieren exclusivamente al tamaño de los agentes involucrados y no al importe de la transacción y al tamaño de los agentes involucrados, como lo hace la Ley de Competencia en su artículo 20. Además, debido a la naturaleza de la Comunidad Europea, los *thresholds* sobre volumen de ventas añaden un criterio de territorialidad al análisis de concentraciones que, por obvias razones, es un elemento que no se encuentra en nuestra Ley de Competencia.

A continuación se establece un ejemplo que ilustrará este nuevo criterio, comparado con las disposiciones originales⁷⁰:

Ejemplo 1⁷¹:

La compañía A, que tiene un volumen de ventas a nivel mundial de ECU 2,200 millones, desea adquirir a la compañía B, que tiene un volumen de ventas a nivel mundial de ECU 500

⁷⁰ Las disposiciones originales del artículo 1 de la Regulación 4064/89 no incluían el texto que transcribimos del artículo 1(3) y por lo tanto únicamente se consideraban los *thresholds* del artículo 1(2).

⁷¹ Michael Reynolds and David Harrison, *EU Briefings, Changes to the EU merger control regulation*, pág. 4.

millones; ambas compañías operan dentro de la Comunidad Europea y sus volúmenes de ventas en ese mercado son los siguientes:

VOLUMEN DE VENTAS	REINO UNIDO	FRANCIA	ALEMANIA	ITALIA	TOTAL CE
Millones de ECU					
Compañía A	1,000	90	65	65	1,220
Compañía B	40	30	40	15	125

Conforme a las disposiciones originales, la concentración entre A y B no hubiera estado sujeta al control de la Comisión Europea, ya que su volumen total de ventas a nivel mundial no es superior a ECU 5,000 millones y B no genera un volumen de ventas dentro de la Comunidad Europea superior a ECU 250 millones.

En contraste, bajo las nuevas disposiciones del artículo 1(3), la concentración en cuestión tiene dimensiones Comunitarias por las siguientes razones:

- A. El supuesto previsto en el párrafo (a) se cumple ya que A y B generan un volumen total de ventas a nivel mundial superior a ECU 2,500 millones.

- B. De igual manera, el supuesto previsto en el párrafo (b) se cumple, ya que por lo menos en tres países de la Comunidad Europea (Reino Unido, Francia y Alemania) A y B generan un volumen total de ventas superior a ECU 100 millones.

- C. El supuesto del párrafo (c) también se cumple, ya que A y B generan en cada uno de los países mencionados un volumen total de ventas superior a ECU 25 millones.

- D. Finalmente, tanto A como B generan de manera conjunta un volumen de ventas superior a ECU 100 millones tan sólo dentro de la Comunidad Europea.

La excepción prevista en el último párrafo del artículo 1(3) no es aplicable en este ejemplo, ya que ni A ni B generan más de dos terceras partes de sus volúmenes de ventas individuales dentro de un mismo país.

Ahora bien, ¿qué se entiende, dentro de los *thresholds*, por volumen total de ventas? El artículo 5(1) de la Regulación 4064/89 establece que el volumen total de ventas a que se refiere

el artículo 1(2) debe incluir las cantidades generadas por los agentes involucrados durante el ejercicio fiscal inmediato anterior, por concepto de la venta de bienes y de la prestación de servicios que aquéllos realizan dentro del curso ordinario de sus negocios, después de deducir los descuentos sobre ventas, impuesto al valor agregado y demás impuestos directamente relacionados con las ventas o la prestación de servicios.

Hasta aquí ha quedado claro cuándo una concentración tiene efectos Comunitarios, pero falta por definir qué se entiende por concentración bajo la Regulación 4064/89.

El artículo 3(1) señala en este sentido que se considerará la existencia de una concentración cuando:

- "(a) dos o más agentes independientes se fusionen; o*
- (b) - una o más personas que controlen por lo menos a un agente, o*
 - uno o más agentes, adquieran, ya sea mediante compra de valores o activos, contrato o cualesquiera otros medios, el control directo o indirecto de la totalidad o una parte de uno o más agentes distintos."*

En el caso del párrafo (a), la Regulación 4064/89 se refiere a un simple caso de fusión, mientras que en el caso del párrafo

(b) se refiere a cambios de control en la estructura de un agente económico. Para fines de este trabajo y de la comparación con el sistema mexicano, el párrafo (a) es en el que me enfocaré a lo largo del presente capítulo.

La Regulación 4064/89 es aplicable asimismo a *joint ventures* cuyas actividades a largo plazo sean equiparables a las de un agente económico independiente. La figura del *joint venture* constituye un tema diferente en el análisis de concentraciones y por lo tanto omitiré cualquier referencia al respecto. Sin embargo, es pertinente aclarar que en caso de que dos o más agentes adquirieran el control común de otro agente o establezcan una *joint venture company* respecto de la cual ejercen control común, dicha operación pudiera ser considerada como una fusión⁷².

2. Compatibilidad con el mercado común.

A fin de determinar si una fusión es compatible o no con el mercado común, el artículo 2 establece que:

⁷² Para mayor referencia sobre operaciones de esta naturaleza en las que la Comisión Europea ha declarado la existencia de una concentración, véase Whish, *op. cit.*, pág. 707.

"1. Las concentraciones sujetas a la presente Regulación serán evaluadas de conformidad con las siguientes disposiciones a fin de determinar si son compatibles o no con el mercado europeo.

Al llevar a cabo esta evaluación, la Comisión deberá considerar:

- (a) la necesidad de preservar y desarrollar la competencia efectiva dentro del mercado común atendiendo, entre otros, a la estructura de los mercados correspondientes y a la competencia presente o futura de otros agentes ubicados ya sea dentro o fuera de la Comunidad Europea; y
 - (b) la posición en el mercado de los agentes involucrados y su poder económico y financiero; las alternativas existentes para los usuarios y consumidores; su acceso al suministro o a mercados alternativos; cualesquiera barreras al comercio, incluyendo las de carácter legal; las tendencias en la oferta y demanda de los bienes y servicios correspondientes; los intereses de los consumidores intermedios y finales; y el desarrollo del progreso económico y tecnológico siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no cree obstáculos a la competencia.
2. Una concentración que no de origen a, o no incremente, una posición dominante cuyo resultado pudiera impedir de manera significativa la competencia efectiva dentro del mercado común o de una parte sustancial del mismo, será declarada compatible con el mercado común.
 3. Una concentración que de origen a, o incremente, una posición dominante cuyo resultado pudiera impedir de manera significativa la competencia efectiva dentro del mercado común o de una parte sustancial del mismo, será declarada incompatible con el mercado común."

En la determinación de la compatibilidad de una fusión con el mercado común, la Comisión evalúa dicha circunstancia en base a tres criterios: la determinación del mercado relevante por producto, por zona geográfica y la posición dominante⁷³. Estos criterios serán analizados en lo individual en el apartado V.3 de este capítulo.

Por ahora sólo diré que, de acuerdo con el considerando 13 de la Regulación 4064/89, para determinar la compatibilidad de las concentraciones de dimensión Comunitaria, la Comisión Europea debe enfocar su análisis al cumplimiento de los objetivos fundamentales del Tratado de Roma y, que según lo establece el considerando 15 del citado ordenamiento, se presumirán compatibles con el mercado común aquellas concentraciones cuyo resultado no otorgue a los agentes involucrados una participación en el mercado mayor del 25%, ya sea dentro del mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Por otra parte, en el texto de los artículos 2(2) y 2(3) antes transcritos, existe una gran diferencia en relación con el

⁷³ Nótese que en la Regulación 4064/89 y en general en el derecho de competencia económica Comunitario se utiliza el término "posición dominante", a diferencia del término "poder sustancial", utilizado por el derecho mexicano.

artículo 86 del Tratado de Roma: la Regulación 4064/89 tiene aplicación inmediata al momento de la creación de, o incremento en, una posición dominante, mientras que el artículo 86 encontraba su aplicación únicamente al momento de un abuso en dicha posición.

3. Notificación previa de concentraciones

Las fusiones con dimensión Comunitaria deben ser notificadas a la Comisión Europea⁷⁴, según lo requiere el artículo 4 de la Regulación 4064/89. Tanto la sociedad fusionante como la fusionada están obligadas a presentar dicha notificación ante la *Merger Task Force*⁷⁵, dentro de la semana siguiente a la firma del contrato de fusión.

La *Merger Task Force* ha diseñado un formulario, conocido como "Forma CO", para la presentación de la notificación

⁷⁴ En la medida en que comienzo a hablar sobre el procedimiento ante la Comisión Europea, vale la pena aclarar que hacia el interior de este organismo, uno de sus 17 Comisionados está encargado de la política de competencia. Estas funciones son desempeñadas a través del DG IV (*Directorate General IV*). A su vez, dentro del DG IV existe una unidad específica encargada de resolver asuntos relacionados con la Regulación 4064/89: la *Merger Task Force*. En lo sucesivo nos referiremos indistintamente a la Comisión Europea y a la *Merger Task Force*.

⁷⁵ Véase nota 11.

respectiva. Dicho formulario debe ir acompañado de la información necesaria a fin de que la *Merger Task Force* pueda emitir su resolución. El incumplimiento en la presentación de la notificación puede dar lugar a la imposición de una multa de entre ECU 1,000 y 50,000, según lo establece el artículo 14(1)(a).

Si la Comisión Europea determina que la fusión encuadra dentro de las disposiciones de la Regulación 4064/89, entonces debe publicar un aviso sobre la notificación en el que debe incluir el nombre de los agentes involucrados, la naturaleza de la operación y los sectores económicos involucrados.

4. Suspensión de fusiones.

Este principio y las disposiciones que lo respaldan, coinciden con las disposiciones de la Ley de Competencia. Conforme al artículo 7(1) de la Regulación 4064/89, las concentraciones que se ubiquen dentro de los supuestos del artículo 1 no podrán surtir sus efectos con anterioridad a su notificación, ni hasta entonces serán declaradas compatibles con el mercado común, de acuerdo con una resolución fundada en los

artículos 6(1)(b), 8(2) o en el caso de afirmativa ficta previsto en el artículo 10(6).

Recordemos que la Ley de Competencia establece en el último párrafo de su artículo 20 que "[para la inscripción de los actos que conforme a su naturaleza deban ser inscritos en el Registro Público de Comercio, los agentes económicos que estén en los supuestos I a III deberán acreditar haber obtenido resolución favorable de la Comisión o haber realizado la notificación a que se refiere este artículo sin que dicha Comisión hubiere emitido resolución ...]" Además, cabe señalar que en la práctica, la mayoría de las transacciones que implican una investigación por parte de las autoridades de competencia, establecen condiciones suspensivas consistentes en la obtención de la autorización correspondiente por parte de dichas autoridades.

En el caso de la Comisión Europea, ésta puede, a solicitud de parte, conceder una excepción a la suspensión de los efectos de la fusión, tomando en cuenta los efectos de la suspensión en uno o más de los agentes o en terceras personas, así como los riesgos para la competencia que implica la fusión. En la legislación mexicana no existe tal excepción.

El incumplimiento a la suspensión de los efectos de la fusión puede ser sancionado con la imposición de una multa de hasta el equivalente al 10% del volumen total de ventas de los agentes involucrados.

5. Resoluciones expeditas.

La regla general para la expedición de resoluciones por parte de la *Merger Task Force*, es que ésta debe resolver dentro de un mes contado a partir del día siguiente al de la recepción de la notificación o del día en que se presente la información complementaria, de ser el caso⁷⁶.

El plazo de un mes puede ser extendido a seis semanas en algunos supuestos, incluyendo aquél en el que la Comisión Europea reciba un aviso de parte de un Estado Miembro en el sentido de que una fusión ya sea (i) amenaza con crear o incrementar una posición dominante dentro de ese Estado Miembro, o (ii) afecta la competencia en un mercado cuyas características dentro de ese Estado Miembro lo hacen diferente del mercado común⁷⁷.

⁷⁶ Véase artículo 10(1) de la Regulación 4064/89.

⁷⁷ Véase artículos 10(1), segundo párrafo (reformado por la Regulación 1310/97) y 9(2) (reformado por la Regulación 1310/97) de la Regulación 4064/89.

Considero que a pesar de que este plazo puede ser considerado como positivo al agilizar los trámites ante la Comisión Europea, también ofrece un aspecto negativo, pues un mes puede llegar a ser insuficiente para analizar el impacto de una concentración en un mercado como la Comunidad Europea, si es que el volumen de trabajo de la Comisión Europea es considerable.

Existen otras excepciones muy particulares en cuanto a los términos con que cuenta la Comisión Europea para la emisión de sus resoluciones, pero por lo específico de cada excepción, remito al lector a las disposiciones del artículo 10 de la Regulación 4064/89.

6. Investigación y ejecución.

Para llevar a cabo la investigación de concentraciones y en su caso sancionarlas, la Regulación 4064/89 otorga a la Comisión Europea, entre otras, las siguientes facultades:

a) Facultades de investigación, según lo dispuesto en el artículo 13, incluyendo la solicitud de información a otros gobiernos o autoridades de otros Estados Miembro (artículo 11);

b) Facultades para imponer sanciones pecuniarias, en términos del artículo 14;

c) Facultades para ordenar la desconcentración de agentes económicos, o de dictar cualquier otra medida que tenga por objeto volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la concentración (artículo 8(4)).

Un punto que queda sin resolver es de qué manera puede la Comisión Europea oponerse a u ordenar la desconcentración de una fusión que se lleve a cabo fuera de la Comunidad Europea pero que tenga efectos anticompetitivos dentro de ésta; la Regulación 4064/89 es omisa al respecto y lo único que queda es dejar que una cuestión de esta naturaleza sea resuelta conforme a las reglas de extraterritorialidad del derecho Comunitario⁷⁸.

⁷⁸ Whish, *op. cit.*, pág. 715.

7. Control uni-instancial de fusiones.

Este principio, denominado en inglés *one-stop shopping*, es uno de los fundamentales de la Regulación 4064/89 y también uno de los mas controvertidos. El considerando 27 del citado instrumento establece que, salvo disposición en contrario, los Estados Miembro no podrán aplicar su legislación nacional a concentraciones con una dimensión Comunitaria; sin embargo, el siguiente considerando (28) establece que la Regulación 4064/89 no impide a los Estado Miembro tomar las medidas necesarias para proteger sus intereses legítimos distintos de los perseguidos por dicha regulación. Estos dos principios son corroborados en el texto del artículo 21(2) y (3) y complementados con la disposición del párrafo (1) del mismo, la cual confiere jurisdicción exclusiva a la Comisión Europea para conocer de los asuntos que marca la Regulación 4064/89.

La razón de ser de este principio es evidente: el sujetar una fusión a la investigación por parte de más de una autoridad es costoso, lento e inseguro, pues pueden resultar resoluciones opuestas. La excepción a este principio se encuentra establecida en el artículo 9 y a ella se le conoce doctrinalmente como la

"cláusula alemana". Esta cláusula, junto con la "cláusula holandesa", elimina cualquier posible controversia que se suscite en cuestiones de jurisdicción entre la Comisión Europea y los Estados Miembro. A continuación hablaré de ellas.

8. Cláusula alemana.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 (1) a (3)⁷⁹, la Comisión Europea puede remitir a las autoridades competentes de un Estado Miembro el expediente de una concentración que ha sido notificada en las siguientes circunstancias:

1. Si un Estado Miembro comunica a la Comisión Europea, dentro de las tres semanas siguientes a la recepción de la notificación, que:
 - a) dicha concentración amenaza con crear o incrementar una posición dominante cuyo resultado sea que la competencia efectiva en el mercado respectivo se vea afectada de manera significativa dentro de dicho Estado Miembro, siendo que las

⁷⁹ Reformado por la Regulación 1310/97.

características particulares de ese mercado lo hacen diferente de otros mercados; o

- b) la concentración afecta la competencia en un mercado dentro de ese Estado Miembro cuyas características lo hacen diferente de otros mercados y no constituye una parte sustancial del mercado común.

Si la Comisión Europea estima que el mercado en cuestión es en efecto un mercado distinto y que la amenaza a la competencia efectiva en éste existe, entonces puede ya sea (i) conocer ella misma del caso concreto a fin de mantener o reintroducir la competencia a dicho mercado, o bien (ii) remitir la totalidad o parte del expediente a las autoridades nacionales del Estado Miembro a fin de que éste aplique la legislación nacional.

Con esta disposición se logró brindar tranquilidad a ciertos Estados Miembro que consideraron que habría casos en los que si bien una concentración con dimensión Comunitaria no resultaría incompatible con el mercado común, sí podría dañar el proceso de

competencia efectiva dentro de un Estado Miembro en razón de sus características particulares.

9. Cláusula holandesa.

Contrario al principio de la cláusula alemana, el artículo 22(3) establece que si la Comisión Europea encuentra, a solicitud de uno o más Estados Miembro, que una concentración que no tiene dimensión Comunitaria crea o incrementa una posición dominante cuyo resultado sea que la competencia efectiva en el mercado respectivo se vea afectada de manera significativa dentro de dicho Estado o Estados Miembro, entonces la Comisión Europea podrá adoptar las resoluciones previstas en el artículo 8(2), segundo párrafo, a (4).

El motivo de esta cláusula es establecer un mecanismo de control en circunstancias en las cuales no existen disposiciones sobre regulación de concentraciones a nivel nacional; su aplicación en la práctica es poco frecuente debido a que la mayoría de los Estados Miembro cuentan con sistemas de control de fusiones⁸⁰.

⁸⁰ Whish, *op. cit.*, pág. 727.

10. Revisión obligatoria,

Varias disposiciones de la Regulación 4064/89 se encuentran sujetas a una revisión por parte del Consejo Europeo.

Tal es el caso del artículo 1(2) y (3), respecto del cual el propio artículo 1(4) y (5) establece que antes del 1° de julio de 2000, la Comisión deberá reportar al Consejo Europeo sobre la operatividad de los *thresholds* y criterios previstos en los párrafos (2) y (3) y que luego de ese reporte, el Consejo Europeo podrá revisar dichos *thresholds* y criterios.

Otro ejemplo es el artículo 9, mismo que en su párrafo (10) establece que el Consejo Europeo podrá reexaminar ese artículo al mismo tiempo que revise los *thresholds* previstos en el artículo 1.

Este tipo de disposiciones, que en la Ley de Competencia encuentran un mecanismo de ajuste basado en el SMGVDF, han permitido en la Comunidad Europea una fácil adaptación del marco legal a las condiciones imperantes en momentos determinados,

además de que han tomado como base la experiencia de la propia Comisión Europea. Hasta ahora, el único caso de reformas a la Regulación 4064/89 ha sido la Regulación 1310/97. Con las reformas se logró ampliar el alcance de la Regulación 4064/89⁸¹ así como la aclaración de ciertas reglas de procedimiento; todo ello con base a la experiencia acumulada durante siete años de aplicación de las reglas sobre fusiones en la Comunidad Europea. Considero que el mecanismo de ajuste tiene como finalidad el que la Comisión Europea esté en condiciones de modificar los *thresholds* de acuerdo con las tendencias de los mercados internacionales, cosa que no sucede en el caso de la Ley de Competencia, pues el SMGVDF de ninguna manera refleja dichas tendencias.

11. Publicidad de resoluciones.

El artículo 20 de la Regulación 4064/89 requiere que la Comisión Europea publique las decisiones que ésta emita conforme

⁸¹ Véase Gudrun Schmidt, *The new merger rules have entered into force*, en EC Competition Policy Newsletter, No. 2, June 1998, págs. 61-64 y Jonathan Denness, *Application of the new Article 2(4) of the Merger Regulation - a review of the first ten cases*, en EC Competition Policy Newsletter, No. 3, October 1998, págs. 30-32.

al artículo 8(2) a (5) en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (*Official Journal of the European Communities*).

Lo anterior debe hacerse atendiendo a la naturaleza confidencial de la información presentada por los agentes, por lo cual las resoluciones omiten información relativa a los secretos de negocios de las partes.

V.3 Criterios para la investigación de concentraciones.

He dicho con anterioridad⁸² que en la investigación de concentraciones la Comisión Europea sigue tres criterios: la determinación del mercado relevante por producto, la determinación del mercado relevante por zona geográfica y la posición dominante.

En cuanto a los dos primeros, la Comisión Europea ha emitido la *Commission notice on the definition of the relevant market for*

⁸² Apartado V.2.1, " 2. Compatibilidad con el mercado común" .

the purposes of Community competition law⁸³ (en lo sucesivo la "Commission Notice").

De acuerdo con este instrumento, la definición del mercado es una herramienta necesaria para identificar y definir los límites de la competencia entre agentes económicos. Su principal objeto es identificar en forma sistemática las restricciones a la competencia que los agentes involucrados enfrentan. Al definir el mercado en sus ámbitos de producto y geográfico, es posible identificar a los competidores de los agentes involucrados que cuentan con la capacidad de restringir la conducta de éstos y de impedirles que se comporten de manera independiente de un proceso de competencia eficiente.

Mediante la publicación de los criterios para determinar el mercado relevante, la Comisión Europea ha pretendido dar transparencia a su política de competencia y sobre todo, a las resoluciones emitidas conforme a la misma.

Por lo que respecta a la posición dominante, a diferencia de la legislación mexicana, el derecho de la competencia de la

⁸³ Publicada en el *Official Journal*: OJ C 372, 9.12.1997.

Comunidad Europea no establece ningún tipo de disposición o regulación que defina los criterios concretos para su identificación. Sin embargo, en su proceso de investigación, la Comisión Europea debe tomar en cuenta la definición adoptada por la CEJ en el caso *Hoffman La Roche*⁸⁴, posteriormente confirmada por otras sentencias. De acuerdo con dicha definición, una posición dominante es aquélla que permitiría a una compañía o grupo de compañías asumir un comportamiento significativamente independiente de sus competidores, clientes y consumidores. Una posición de tal naturaleza se presentaría normalmente cuando una compañía o grupo de compañías detenta una participación importante dentro de un mercado determinado, siempre que otros factores analizados durante la investigación (como las barreras existentes y la capacidad de reacción de los consumidores) apunten hacia la misma dirección.

⁸⁴ Sentencia del 13 de febrero de 1979, caso 85/76. Citado en la *Commission Notice*, nota 3.

V.3.1 Definición de mercado relevante.

En el contexto de la política de competencia europea, los mercados relevantes de productos han sido definidos como todos aquellos productos y/o servicios que son considerados como intercambiables o sustituibles por el consumidor, atendiendo a las características de los productos, a sus precios y a sus posibles usos.

Por su parte, los mercados relevantes geográficos comprenden el área dentro de la cual los agentes involucrados participan en la oferta y demanda de bienes y servicios y en la cual las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas de manera que puede distinguirse de áreas vecinas por contar éstas con condiciones de competencia muy diferentes.

El concepto de mercado relevante de cualquier forma está referido a la política de competencia de la Comunidad Europea e íntimamente ligado con la idea de posición dominante y su abuso.

V.3.2 Principios básicos para determinar el mercado relevante.

Los principios que sirven de sustento a la Comisión Europea para identificar el mercado relevante se mencionan a continuación. Estos básicamente se refieren a restricciones competitivas de los productos o servicios de los distintos agentes económicos y son:

1. Sustituibilidad de la demanda. La sustitución de la demanda es el mecanismo más eficiente y directo sobre los proveedores de un producto determinado, en especial en lo que a decisión sobre precios se refiere. En la medida en que los consumidores de ese producto puedan sustituirlo por otro de características similares y menor precio, los agentes no pueden tener un gran impacto en el mercado de ese producto ni mucho menos en la determinación de su precio.

En virtud de lo anterior, la evaluación de la sustituibilidad de la demanda implica la selección de una serie de productos que son considerados como sustituibles por el consumidor.

El procedimiento seguido para identificar el mercado relevante consiste en tomar el tipo de productos que los agentes involucrados venden y las áreas geográficas en donde los venden. Un número adicional de productos y áreas geográficas se van incluyendo o excluyendo en la definición del mercado, dependiendo de si la competencia de estos productos y áreas afecta de una manera importante la determinación de precios por parte de los agentes involucrados. Si la sustitución se da a tal grado en que el incremento en el precio sea incosteable por resultados negativos en las ventas, entonces se incluyen más productos y áreas al mercado relevante. Este ejercicio se repite hasta que la combinación de productos y áreas geográficas sea tal que un incremento mínimo en el precio sea rentable.

2. Sustituibilidad de la oferta. El caso de la sustituibilidad en la oferta se presenta cuando los competidores de los agentes involucrados en una concentración tienen la capacidad de cambiar o ajustar sus líneas de producción a los productos relevantes y comercializarlos dentro del corto plazo sin necesidad de incurrir en costos significativos adicionales. En la medida en que sea posible alcanzar esto, los competidores lograrán imponer un

efecto disciplinario en el comportamiento competitivo de los agentes concentrados. Este efecto es equivalente al de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficiencia e inmediatez.

3. Competencia potencial.

La última restricción competitiva utilizable en la determinación del mercado relevante es la competencia potencial. Sin embargo, ésta no es considerada en la mayoría de los casos debido a que las condiciones bajo las cuales representaría una restricción efectiva dependen del análisis de factores específicos relacionados con las condiciones de entrada de nuevos competidores. De ahí que sólo en casos necesarios y únicamente después de haber determinado que la posición de los agentes involucrados en el mercado relevante es riesgosa desde el punto de vista de la competencia, el análisis de competencia potencial sea llevado a cabo.

V.3.3 Mercado relevante en su dimensión de producto.

De acuerdo con lo que establece la *Commission Notice*, el procedimiento mediante el cual la Comisión Europea determina el mercado relevante por producto consiste en lo siguiente:

Partiendo de la información presentada por los agentes, la Comisión Europea normalmente está en condiciones de establecer los posibles mercados relevantes con base a los cuales una concentración debe investigarse y evaluarse. Sólo en algunos casos particulares, la Comisión Europea incorpora mercados relevantes alternativos. Siguiendo el método tradicional al que se refiere el Dr. García Alba Iduñate⁸⁵, normalmente se trata de establecer si el producto A y el producto B pertenecen o no al mismo mercado de producto; por lo general ocurre que con la inclusión de B se eliminan cualesquiera restricciones al proceso de competencia efectiva.

⁸⁵ Op. cit., págs. 114-118.

Haciendo una vez más referencia al estudio del Dr. García Alba Iduñate⁸⁶, con base al procedimiento seguido por la Comisión Europea primero se considera un mercado que incluye sólo al producto A y se analiza si un monopolista hipotético podría subir el precio de A de manera significativa⁸⁷. Si la respuesta es positiva, entonces el mercado relevante a definir únicamente incluirá a A. Por el contrario, si la respuesta es negativa, entonces se incorpora el producto B al mercado de A, donde B es el mejor sustituto en el consumo de A. Al nuevo mercado constituido por A y B se le aplica la misma prueba. Si un monopolista en A y B puede subir el precio de A de manera significativa, el mercado constituido por A y B se considera el mercado relevante de A. Si no, se siguen adicionando mercados de producto que sean secuencialmente los mejores sustitutos del correspondiente al último grupo de productos analizado, hasta que un monopolista hipotético pueda subir el precio de A en forma sustancial por encima de la competencia y se adopta como mercado relevante el correspondiente a la última iteración.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 114.

⁸⁷ En la práctica se considera que un incremento del 5% o más es significativo.

V.3.4 Mercado relevante en su dimensión geográfica.

En cuanto a la determinación de la dimensión geográfica de un mercado relevante, la Commission Notice establece que la Comisión Europea en primer lugar analiza el alcance del mercado geográfico en base a indicadores generales sobre participaciones de mercado de los agentes involucrados y sus competidores, así como a un análisis previo de precios y sus diferencias en los niveles nacional y Comunitario. Lo anterior constituye una hipótesis de trabajo de la cual parte la Comisión Europea para llegar a la determinación precisa del mercado geográfico.

Así, la hipótesis inicial es comparada con un análisis de las características de la demanda (importancia en las preferencias nacionales o locales, patrones actuales de compra en los clientes, diferenciación de productos por marcas, etc.) a fin de determinar si los competidores establecidos en otras áreas geográficas en realidad constituyen una alternativa de suministro para los consumidores. Esta prueba también se basa en factores de sustituibilidad resultantes de aumentos en los precios⁸⁸. Lo

⁸⁸ Al igual que se hace para determinar el mercado por producto, según indiqué en el apartado inmediato anterior.

importante es determinar si los usuarios o consumidores de un producto en particular estarían en condiciones de adquirir ese producto de otros proveedores ubicados en un área geográfica distinta en el corto plazo y a un precio razonable.

De ser necesario, la Comisión Europea también analiza si los competidores ubicados en áreas geográficas distintas a las de los agentes involucrados enfrentan restricciones en el acceso de sus productos hacia el mercado geográfico relevante. Este análisis incluiría un estudio de (i) los requisitos necesarios para garantizar una presencia local que permita la venta del producto en el área determinada, (ii) las posibilidades de acceso a canales de distribución, (iii) la existencia de barreras al comercio (por ejemplo, controles de precios, cuotas y tarifas, etc.).

Por último, la Comisión Europea también considera el proceso continuo de integración de los mercados en la Comunidad Europea. Este no puede pasarse por alto, toda vez que las medidas adoptadas en materia de eliminación de barreras al comercio cada día hacen más extensos los mercados geográficos.

V.4 Procedimiento para la notificación de una fusión.

Al igual que en el ejemplo que utilicé al describir el procedimiento ante la Comisión, supongamos que la concentración a notificar consiste en la fusión de las sociedades A y B, en la cual A subsiste y B se extingue en A y que dicha fusión supera los *thresholds* que establece el artículo 1 de la Regulación 4064/89.

Supongamos también, para facilitar la explicación del procedimiento, que se trata de una fusión que será conocida por la Comisión Europea y respecto de la cual los Estados Miembro no tendrán jurisdicción alguna.

En este caso, la notificación debe ser presentada tanto por A como por B, dentro de la semana siguiente a la firma del contrato de fusión respectivo. Ya aclaré que la fusión no podrá surtir efectos hasta entonces no haya sido aprobada por la Comisión Europea, ya sea en forma directa o como resultado del principio de afirmativa ficta.

Si la notificación se presenta en forma completa según lo requiere la Forma CO, el plazo de un mes que tiene la Comisión Europea para emitir su resolución correrá a partir del día siguiente al de la notificación; de lo contrario, no correrá sino a partir del día siguiente en que se reciba la información complementaria.

Al igual que en los procedimientos ante la Comisión, la Merger Task Force siempre se encuentra dispuesta a orientar a los representantes de los agentes sobre la forma en que se debe presentar la notificación. Esto es en beneficio tanto de los agentes involucrados como de la propia Comisión Europea.

Con la presentación de la notificación se inicia lo que en la práctica Comunitaria se conoce como la Fase I; es decir, el período de un mes⁸⁹ durante el cual la Comisión Europea se da a la tarea de analizar la información presentada y al término del cual la Comisión Europea deberá resolver cualquiera de lo siguiente:

⁸⁹ Este plazo puede extenderse a seis semanas en los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 10(1) de la Regulación 4064/89.

- a) que la fusión no se ubica dentro del contexto de la Regulación 4064/89;
- b) que la fusión no representa ninguna duda sobre su compatibilidad con el mercado común, a pesar de caer dentro de los supuestos que marca la Regulación 4064/89; o
- c) que la fusión cae dentro de los supuestos que marca la Regulación 4064/89 y además representa serias dudas acerca de su compatibilidad con el mercado común.

Si al término de este mes la Comisión Europea no ha emitido su resolución, se configura la afirmativa ficta (al igual que en la Ley de Competencia).

Si la Comisión Europea resuelve en el sentido del inciso c) anterior, entonces se pasa a la Fase II, en la cual la Comisión Europea cuenta con un plazo adicional de cuatro meses para emitir su resolución.

Las partes pueden presentar información complementaria durante los tres primeros meses, a fin de ajustar la fusión a los criterios de compatibilidad con el mercado común.

Durante todas las etapas del procedimiento, incluso ante el Comité Consultivo⁹⁰, la Comisión Europea debe permitir a las partes involucradas la oportunidad de expresar sus puntos de vista y objeciones. Si la Comisión Europea ha decidido emitir una resolución declarando la incompatibilidad de la fusión con el mercado común, debe emitir una declaración de objeción, como resultado de la cual se permitirá a éstas el acceso al expediente y el derecho a una audiencia.

El Comité Consultivo deberá ser consultado por la Comisión Europea antes de emitir cualquier resolución bajo el artículo 8(2) a (5).

Finalmente diré que las resoluciones de la Comisión Europea son apelables ante la CEJ, de acuerdo con las disposiciones aplicables del Tratado de Roma. En adición, el

⁹⁰ El Comité Consultivo es un órgano creado en términos del artículo 19(3) a (7) de la Regulación 4064/89.

artículo 16 de la Regulación 4064/89 establece que la CEJ podrá revisar las decisiones de la Comisión Europea mediante las cuales se impongan multas o penalidades periódicas.

CAPÍTULO VI

FUSIÓN ENTRE KIMBERLY-CLARK CORPORATIONY SCOTT PAPER COMPANY

La fusión que en el ámbito internacional llevaron a cabo Kimberly-Clark Corporation y Scott Paper Company (en lo sucesivo me referiré a cada una de ellas como "KCC" y "Scott Paper", respectivamente y a la fusión entre KCC y Scott Paper como la "Fusión") es, por una parte, en el caso de México, una de las más importantes de las que han sido notificadas a la Comisión durante su existencia⁹¹ y por la otra, uno de los más claros ejemplos de la aplicación de medidas antimonopólicas por parte de órganos de competencia como lo son la Comisión y la Comisión Europea.

En el presente capítulo realizaré un breve análisis de la concentración entre estas dos entidades, ocurrida en 1995, enfocándonos, por obvias razones, en los efectos que dicha concentración tuvo tanto en nuestro país como en la Comunidad Europea y en la manera en que las autoridades respectivas resolvieron al respecto.

⁹¹ En atención al importe de la transacción y a los posibles riesgos para la competencia. Aunque desconocemos el monto de la transacción en sí, sabemos que las ventas totales a nivel mundial de KCC eran de ECU 6,200 millones, mientras que las de Scott Paper eran de ECU 3,000 millones.

Antes de iniciar mi estudio, deseo hacer algunas aclaraciones en cuanto a las fuentes de información disponibles para la preparación de este capítulo y a la legislación existente al momento de la fusión analizada:

En el caso de México, en primer lugar diré que la información aquí contenida ha sido obtenida de los informes de la Comisión⁹² y de la "Glosa de la Concentración entre Kimberly-Clark México y Compañía Industrial de San Cristóbal", preparada por el Lic. Javier Aguilar Álvarez de Alba⁹³. Dado el carácter de confidencialidad que la Ley de Competencia atribuye a la información presentada por los agentes (artículo 31, segundo párrafo), me limito a hacer de este capítulo una simple ilustración del procedimiento seguido ante y por la Comisión, tomando como fuentes las antes citadas y advirtiéndole que los datos proporcionados pudieran ser no del todo precisos ni completos. En segundo lugar, que durante el tiempo en el que la

⁹² Informe Anual de Competencia Económica 1995-96

⁹³ Ars Iuris 17-1997.

Comisión llevó a cabo su investigación y emitió su resolución, aún no había entrado en vigor el Reglamento.

En el caso de la Comunidad Europea, en primer lugar, la información que se incluye ha sido tomada fundamentalmente del *Document 396D0435, 96/435/EC: Commission Decision of 16 January 1996 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No IV/M.623 Kimberly-Clark/Scott)*⁹⁴. Al igual que la Ley de Competencia, la Regulación 4064/89 confiere el carácter de confidencial a la información presentada por los agentes y en ese sentido, la publicación de las decisiones que debe hacer la Comisión Europea omite información de tal naturaleza. Por tanto, los datos proporcionados más adelante pudieran ser no del todo precisos ni completos. En segundo lugar, no se habían implementado ni la Regulación 1310/97 ni la *Commission Notice*.

⁹⁴ Official Journal L 183, 23/07/1996, pp. 1-56. En lo sucesivo la "Resolución 396D0435".

VI.1 La Fusión.

En 1995 KCC y Scott Paper (ambas constituidas de conformidad con las leyes de los Estados Unidos de América), anunciaron la intención de fusionarse a nivel internacional, resultando en KCC como la entidad fusionante o subsistente (adquiriendo el 100% del capital social de Scott Paper), y en Scott Paper como la fusionada. Desconozco el monto de la operación, pero se sabe que KCC pagaría a los accionistas de Scott Paper cierta cantidad en efectivo y el resto se liquidaría mediante un intercambio de acciones que otorgaría a los accionistas de Scott Paper 0.765 acciones de Kimberly (emitidas como resultado de un aumento de capital de entre \$300 y \$600 millones de dólares de los Estados Unidos) por cada acción de las que eran propietarios en Scott Paper.

VI.2 Efectos y trámite de la Fusión en México.

De acuerdo con las disposiciones del artículo 20 de la Ley de Competencia, la Fusión en México fue analizada desde dos perspectivas:

En primer lugar, la Fusión implicaría la adquisición por parte de KCC de (i) aproximadamente el 49% del capital social de Compañía Industrial de San Cristóbal, S.A. ("Crisoba"), cuyo accionista en ese mismo porcentaje era Scott Worldwide Inc. ("Scott Worldwide"), una subsidiaria de Scott Paper y (ii) una opción de Scott Worldwide para adquirir el 3.1% (con la cual KCC llegaría a tener el control de Crisoba). Con lo anterior la operación rebasaba el 35% a que se refiere la fracción II del artículo 20 de la Ley de Competencia, además de que las ventas anuales de Crisoba sumaban 3,525 millones de pesos, superando los \$241,800,000 pesos equivalentes a 12 millones de veces el SMGVDF en ese entonces previsto en la citada fracción.

Efectivamente, al fusionarse Scott Paper en KCC, los activos de la primera, entre los que se encontraban su participación directa en Scott Worldwide e indirecta en Crisoba (incluyendo la opción del 3.1%), pasarían a formar parte de los activos de KCC.

En segundo lugar, las subsidiarias en México de KCC, Kimberly-Clark México, S.A. de C.V. ("Kimberly México"), y de Scott Paper, Crisoba, serían igualmente fusionadas, resultando en Kimberly México como la entidad subsistente. La participación de

KCC en Kimberly México era del 43% mientras que la de Scott Paper en Crisoba era, como ya se indicó, del 49% (más la opción a adquirir un 3.1% adicional).

La fusión entre las subsidiarias mexicanas se realizaría mediante un aumento del capital social de Kimberly México a ser suscrito en su integridad (previa renuncia de los accionistas de Kimberly México a su derecho de preferencia) por los accionistas de Crisoba; las acciones emitidas con motivo de ese aumento serían canjeadas a los accionistas de Crisoba a razón de uno a uno respecto de las acciones de que eran titulares en el capital social de Crisoba. Lo anterior resultaría en una participación igual al 26.87% de los accionistas de Crisoba en el capital social de Kimberly México.

VI.2.1 Notificación a la Comisión Federal de Competencia.

En virtud de lo anterior, el día 27 de noviembre de 1995 KCC y Scott Paper notificaron a la Comisión su intención de llevar a cabo la Fusión.

El día 11 de diciembre de 1995 la Comisión, KCC y Scott Paper, suscribieron un *acuerdo de competencia*⁹⁵ mediante el cual se acordó que la Fusión no surtiría efectos en México, aun cuando las autoridades de competencia en los Estados Unidos la hubieran aprobado, en tanto la Comisión no resolviera al respecto.

Respecto de este llamado *acuerdo de competencia*, es importante recordar lo que señalé antes en cuanto al momento en que surte efecto la fusión de sociedades mercantiles, así como lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20 de la Ley de Competencia.

VI.2.2 Análisis de los mercados relevantes.

Una vez presentada la notificación a la Comisión y suscrito el *acuerdo de competencia*, la Comisión, en términos de lo previsto en los artículos 12, 13, 17 y 18 de la Ley de Competencia, se abocó al análisis de los efectos de la Fusión en los que determinó como mercados relevantes. Para tales efectos, la Comisión contaba con información consistente en estudios sobre

⁹⁵ Un caso similar a éste llamado *acuerdo de competencia* se dio dentro del marco de la Comunidad Europea, en donde, como veremos más adelante, la Comisión Europea requirió que durante el periodo de análisis de los posibles efectos de la Fusión, las partes no concretaran la concentración.

el impacto de la Fusión preparados por diversas instituciones y en análisis realizados por algunos de los competidores de los agentes involucrados.

Conforme al análisis realizado por la Comisión, cuatro resultaron ser los grupos de mercados relevantes:

1. Productos elaborados con papel *tissue* o crepado, los cuales a su vez incluyen:
 - a) papel higiénico (utilizado principalmente para la limpieza íntima de las personas y caracterizado por su suavidad y resistencia; por aspectos culturales y de precios no tienen sustitutos);
 - b) pañuelos faciales (por su característica principal de suavidad, pueden ser sustituidos por papel higiénico);
 - c) servilletas (caracterizadas por suavidad y resistencia y desechabilidad; pueden ser sustituidas con otros productos de papel y tela);
y
 - d) toallas absorbentes (por su capacidad de absorber líquidos no permiten ser sustituidas por otros productos de papel *tissue*, además de ser desechables y de bajo precio respecto de productos de tela).

2. Productos de higiene femenina, que incluyen pantiprotectores y tampones.

3. . Papel de escritura e impresión, que comprende el papel no cubierto (también denominado *bond*) y los cuadernos.
4. Toallas húmedas para limpieza de bebés.

A continuación se analizará cada uno de los grupos de mercados relevantes en cuanto a (A) su distribución y dimensión geográfica, (B) los incrementos en los índices de concentración y (C) las barreras a la entrada de competidores potenciales.

A. Distribución y dimensión geográfica. Para los cuatro grupos de mercado detectados, la Comisión determinó que, debido a los costos de internación, a los aranceles a la importación (en el caso del papel higiénico) y al mayor o menor desarrollo de los mercados de los otros productos que integran el grupo (productos de higiene femenina, papel de escritura e impresión y toallas para bebés) en México, el mercado relevante se extendía a todo el país.

B. Índices de concentración.

:

(i) Papel tissue. Como resultado de la Fusión, la participación conjunta de Kimberly México y Crisoba en el mercado nacional de productos derivados de papel *tissue* alcanzaría hacia finales de 1995, aproximadamente el 70% de dicho mercado. De efectuarse la Fusión en términos planteados por los dos agentes, el mercado sería altamente concentrado, incrementando el Índice Herfindahl de 2841 a 5033 y el Índice D de 0.50 a 0.91.

El grado de concentración dentro del grupo de productos derivados del papel *tissue* se habría elevado marcadamente en los casos de los pañuelos faciales (a través de las marcas *Kleenex* de KCC y *Scottis* de Crisoba), en donde el Índice Herfindahl alcanzaría 9664.58 y el Índice de Dominancia llegaría a su máximo de 1. El mercado de las toallas absorbentes habría representado igualmente un grado importante de concentración al alcanzar 7016.42 en el Índice Herfindahl y 0.98 en el Índice de Dominancia.

(ii) Productos de higiene femenina. La participación de Kimberly México y Sancela, S.A. de C.V. (una subsidiaria de

Crisoba) en el mercado nacional de productos de higiene femenina tales como toallas femeninas, pantiprotectores y tampones, en conjunto sumaba alrededor del 63% antes de la Fusión. De ser autorizada la concentración según fue planteada a la Comisión, el índice Herfindahl se hubiera incrementado de 2716.6 a 4605.9 puntos, mientras que el Índice de Dominancia lo hubiera hecho de 0.38 a 0.75.

Sin embargo, el impacto de la Fusión en este mercado se hubiera visto contrarrestado por la participación que tiene Procter & Gamble en dicho sector, misma que oscila alrededor del 22%.

(iii) Papel de escritura e impresión. En el caso del papel de escritura, durante 1994 la mitad del consumo nacional estuvo constituida por importaciones. Tratándose de cuadernos, en 1995 Kimberly-Clark participó en más del 83% del mercado (79% y 4.4% a través de sus marcas *Scribe* y *Break*, respectivamente), mientras que Crisoba lo hizo con un 6.5% (principalmente a través de la marca *Shock*).

Para este rubro de productos no cuento con datos precisos sobre los incrementos en los índices que hubieran resultado de la Fusión; sin embargo, considerando que las importaciones de estos productos representan el 50% del mercado nacional, es posible asegurar que, aunque la concentración pudiera aumentar la eficiencia de Kimberly-Clark y de Crisoba sin poner en riesgo la competencia en los productos que conforman este mercado (haciendo más competitiva a la industria nacional frente a la extranjera), en el caso de los cuadernos la Fusión incrementaría el nivel de participación de los agentes a un elevado 86.5%, situación que sin duda dificultaría el proceso de competencia en el mercado.

(iv) Toallas húmedas para bebés. Al igual que en el rubro anterior, no cuento con información relativa al incremento en los índices de concentración que hubieran resultado de la Fusión en los términos propuestos por los agentes. Basta señalar lo siguiente:

- a) el 70% del consumo nacional de estos productos se satisface vía importación de los mismos, principalmente de los Estados Unidos de América; y

- b) los agentes se encuentran dentro de los principales productores en los Estados Unidos de América y contribuyen con el 38% de la oferta de las importaciones en México;

Considerando lo anterior, la Comisión estimó que la concentración tendría un impacto sustancial en el mercado, ya que la competencia en los precios que prevalecían antes de la Fusión no sería mantenida.

C. Barreras a la entrada.

(i) Papel tissue. Este mercado es probablemente el que presenta un mayor número de barreras al ingreso de nuevos competidores.

En primer lugar, la producción de papel *tissue* requiere de inversiones muy elevadas (por ejemplo, el costo de una planta de capacidad instalada de 50,000 toneladas de fibra reciclada y 50,000 toneladas de papel higiénico y facial se ubicaría en 100 millones de dólares). Segundo, en México no existe aún un mercado de *jumbo rolls* de *tissue* que pudiera traer consigo la reducción

de los montos de inversión para nuevos competidores, y aún cuando lo hubiere, no sería del todo competitivo, ya que en las grandes empresas productoras de jumbo rolls de tissue integran la transformación de los mismos dentro de su proceso de producción. Finalmente, las inversiones necesarias en publicidad y en redes de distribución constituyen fuertes limitantes a la entrada de nuevos competidores, sobre todo si se consideran las ventajas con que cuentan ya ciertas marcas de productos que, con el tiempo, son identificados por el consumidor como sinónimo del producto mismo (por ejemplo, cuando se utiliza el nombre "Kleenex" para designar un pañuelo facial).

(ii) Productos de higiene femenina. Dentro de este rubro de productos, la entrada de nuevos competidores al mercado nacional se ve limitada por las fuertes inversiones en tecnología de punta y en promocionales que se requieren para la producción y comercialización de estos productos. Lo anterior, aunado a que algunos de los insumos de las toallas femeninas (en particular la celulosa de madera suave en rollo) son de importación, haría que la Fusión otorgara a los agentes un poder sustancial sobre el mercado relevante, propiciando a fin de cuentas la realización de prácticas monopólicas.

(iii) Papel de escritura e impresión. Dentro de este mercado, la Comisión estimó que el nivel de importaciones prevaleciente (50%) evitaría en cierta medida prácticas monopólicas no obstante la existencia, en el caso de los cuadernos (cuya demanda está marcada por un componente estacional en los meses de agosto y septiembre de cada año en que da inicio del ciclo escolar) de una barrera para nuevos competidores. Efectivamente, este producto está sujeto a periodos de baja movilidad que implican un alza en los costos de mantenimiento de inventarios, situación que desalienta a posibles competidores.

Sin embargo, la importación de estos productos no garantiza del todo el proceso de competencia, ya que el reconocimiento en México de las marcas *Scribe* (de Kimberly-Clark) y *Kids* (de Crisoba), limitan la alternativa de importación. Las participaciones de mercado y el análisis de los índices de concentración pueden subestimar los efectos reales de la concentración debido al grado de la diferenciación de los productos por la marca, en virtud de que los consumidores tienden

a asociar las marcas reconocidas con un mayor nivel de calidad de los productos⁹⁶.

iv) Toallas húmedas para bebés. En el caso de estos productos, el alto porcentaje de importación de los mismos (que representa el 70% del consumo nacional) tampoco fue considerada por la Comisión como suficiente para contrarrestar los efectos de la Fusión debido a que los agentes son productores de los mismos en los Estados Unidos y por supuesto, importadores en México. Además, la Fusión, tal como fue planteada en su inicio, hubiera permitido a los agentes imponer precios de manera unilateral, ya que la competencia en los precios hubiera cesado.

VI.2.3 Efectos generales de la Fusión en México.

En resumen, de haber sido aprobada de manera incondicional en los términos inicialmente planteados a la Comisión, la Fusión hubiera resultado en el ejercicio de diversas prácticas monopólicas consistentes, entre otras, en el condicionamiento de la venta de productos a clientes de los agentes a no comprar

⁹⁶ Javier Aguilar Alvarez de Alba, "Glosa de la concentración ...", en *Ars Iuris* 17-1997, pág. 540

productos de otros competidores, en impedir la entrada de nuevos competidores o en desplazar a los ya existentes.

VI.2.4 Resolución preliminar de la Comisión Federal de Competencia.

En la sesión del pleno de la Comisión, celebrada el día 1° de marzo de 1996, se resolvió no objetar la Fusión; sin embargo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Competencia, la Comisión resolvió fijar las siguientes condiciones:

1. Enajenar la totalidad de las acciones representativas del capital social de Sancela, S.A. de C.V. y de Comercializadora Sancela, S.A. de C.V. (conjuntamente "Sancela"), con el fin de asegurar la participación de nuevos competidores en el mercado de productos de higiene femenina. Esta medida implicaba asimismo la enajenación de marcas de reconocido prestigio dentro de dicho mercado.

2. Dentro del rubro de papel *tissue*, se plantearon dos medidas tendientes a promover la competencia de este mercado: la venta de marcas y la venta de capacidad:
- a) En cuanto a la venta de marcas, *Regio*, que amparaba papel higiénico y servilletas, debería ser transmitida a un competidor para su comercialización. Adicionalmente, los derechos sobre la marca *Scottis* para pañuelos faciales deberían licenciarse por un periodo de 25 años (prorrogables por periodos iguales en forma indefinida) y la marca de servilletas *Suavel* debería dejar de ser usada en México por Kimberly México por lo menos durante los cinco años siguientes a la venta de los derechos sobre *Regio*.
 - b) La venta de capacidad solicitada por la Comisión tuvo una doble finalidad. En primer lugar, considerando que la participación conjunta de Kimberly México y de *Crisoba* en este mercado era sustancial, la Comisión buscó garantizar que los niveles de producción respectivos fueran mantenidos a fin de satisfacer la demanda de los mismos. En segundo lugar, se debía dotar

al comprador de la capacidad de producción necesaria para alcanzar niveles competitivos respecto de los que tenían Kimberly México y Crisoba.

De esta manera, la Comisión requirió a los agentes la desincorporación de activos suficientes para garantizar al comprador de los mismos una producción de 67,000 toneladas anuales de papel tissue en sus variedades de papel higiénico, pañuelos faciales y servilletas. Lógicamente, quien resultara ser el comprador de estos activos debería ser el comprador de la marca *Regio* y el licenciatario de la marca *Scottis* y tendría derecho a exigir de Kimberly México la celebración de un contrato de suministro de hasta 13,000 toneladas de papel tissue por un periodo de tres años consecutivos.

3. Por lo que respecta al mercado de cuadernos, la Comisión consideró que la Fusión no afectaría en gran medida el proceso de competencia, debido a que la participación de la marca *Scribe* (propiedad de KCC) era importante aun antes de la concentración y a que la participación conjunta de las marcas *Shock* y *Kids* (propiedad de Crisoba) únicamente

alcanzaba el 6.5% de las ventas en 1995. No obstante lo anterior, la Comisión requirió la venta de los derechos sobre la marca *Shock*.

4. En cuanto al mercado de toallas húmedas para bebés, se requirió licenciar la marca *Baby Fresh* en México durante un plazo de 25 años (prorrogables por periodos iguales en forma indefinida).

5. Las ventas de activos y el otorgamiento de licencias se deberían llevar a cabo a través de procedimientos transparentes, no discriminatorios, bajo criterios de precio y condiciones de pago, y en favor de terceros no vinculados de manera directa o indirecta con los agentes involucrados. Además, la participación de una institución financiera independiente fue requerida para la enajenación de activos, debiendo realizarse ésta en un plazo de ocho meses siguientes a la fecha en que surtiera efectos la notificación de la resolución.

En adición a las anteriores condiciones, la Comisión estableció algunas más tendientes a garantizar que el proceso de

desincorporación de activos se llevara a cabo según lo resuelto; por ejemplo, se requirió mantener informada a la Comisión sobre los avances logrados en el proceso y que Kimberly México conservara en buen estado y como negocio en marcha los activos hasta su venta a un tercero).

En respuesta a la resolución de la Comisión, Kimberly México y Crisoba presentaron a la Comisión una propuesta conforme a la cual se llevaría a cabo el proceso de desincorporación de activos y licenciamiento de marcas, quedando a cargo de Kimberly México la coordinación del mismo. Conforme a esta propuesta, el proceso fue dividido en cuatro paquetes, los cuales, de manera general, consistían en lo siguiente:

Paquete 1: venta de acciones representativas del capital social de Sancela;

Paquete 2: a) venta de la marca Regio;
b) otorgamiento de una licencia exclusiva para usar la marca Scottis;
c) venta de activos necesarios para producir 67,000 toneladas de papel tissue; y

d) en su caso, celebración de un contrato de suministro de 13,000 toneladas de papel tissue con el adquirente de este paquete;

Paquete 3: otorgamiento de una licencia exclusiva para usar la marca *Baby Fresh*.

Paquete 4: venta de la marca *Shock*.

VI.2.5 Resolución definitiva de la Comisión Federal de Competencia Económica.

Analizada la propuesta presentada por los agentes, la Comisión resolvió aprobar la mecánica de desincorporación, no sin poner especial atención en que los compradores de los paquetes contaran con la viabilidad técnica y la eficiencia adecuadas para mantener niveles de producción y presencia en el mercado suficientes para garantizar el proceso de competencia con los agentes.

En este sentido, la Comisión, al aprobar la mecánica de desincorporación, realizó algunas consideraciones sobre los paquetes:

Paquete 1: Garantizar el abasto de los productos de Sancela luego de su desincorporación y hasta en tanto se pusiera en marcha el sistema de comercialización de los mismos.

Paquete 2: De no existir un comprador para este paquete, Kimberly México y Crisoba ofrecerían a los compradores una participación del 50% en el capital social de una nueva sociedad (Kimberly México y Crisoba participarían con el 50% restante) que sería administrada de manera conjunta por los agentes y por el comprador respectivo.

Paquete 3: Kimberly México y Crisoba quedaban obligados a informar a la Comisión los resultados de la venta de la marca *Baby Fresh* en los Estados

Unidos, así como el efecto que dicha venta tendría en México.

Finalmente, la Comisión aclaró, en forma atinada, que en caso de duda en la interpretación de la mecánica de desincorporación y las resoluciones emitidas por ese órgano, prevalecerían estas últimas.

VI.3 Efectos de la Fusión en la Comunidad Europea.

La Fusión constituyó una concentración dentro del significado del artículo 3(a) de la Regulación 4064/89. El volumen total de ventas combinado a nivel mundial de los agentes era de ECU 9,200 millones (de los cuales a KCC correspondían ECU 6,200 millones y a Scott Paper ECU 3,000 millones). Además, tanto KCC como Scott Paper tenían un volumen total de ventas a nivel Comunitario superior a los ECU 250 millones. En este caso no fue aplicable la excepción prevista en el último párrafo del artículo 1 de la Regulación 4064/89, ya que ninguno de los agentes obtenía más de dos terceras partes de su volumen total de ventas a nivel Comunitario dentro de un mismo país.

Con ello, la operación superó los *thresholds* de ECU 5,000 millones y ECU 250 millones previstos en el artículo 1(2) de la Regulación 4064/89 y debió ser notificada.

Desconozco si KCC y Scott Paper contaban con subsidiarias establecidas en uno o más Estados Miembro de la Comunidad Europea, pues la Resolución 396D0435 es omisa al respecto. Sin embargo, el análisis para la determinación de los mercados relevantes en su dimensión geográfica nos dice que entre las dos compañías tienen las dos plantas más grandes dentro de Gran Bretaña, por lo cual supongo que por lo menos cada una cuenta con una subsidiaria dentro del Reino Unido.

VI.3.1 Notificación a la Comisión Europea.

El 8 de agosto de 1995, KCC y Scott Paper notificaron a la Comisión Europea su intención de fusionarse.

El 12 de septiembre de 1995, la Comisión Europea determinó que la operación notificada se ubicaba dentro del alcance de la Regulación 4064/89 y decidió iniciar el procedimiento de

investigación correspondiente en términos del artículo 6(1)(c) de dicha regulación.

VI.3.2 Análisis de los mercados relevantes.

La Comisión Europea, luego de realizar un análisis sobre los diferentes procesos productivos y la sustituibilidad de la oferta, determinó que la Fusión involucraba como mercados relevantes a los productos elaborados tanto por KCC como por Scott Paper en base a papel *tissue* o crepado, entre los cuales se incluyen:

- a) papel higiénico;
- b) pañuelos faciales y pañuelos de bolsillo;
- c) toallas absorbentes para cocina.

La determinación anterior no fue objetada por las partes ni por otros competidores o distribuidores.

Al igual que lo hice con el análisis de la Fusión en México, a continuación se analizarán cada uno de los grupos de mercados relevantes, sólo que en este caso lo haré considerando (A) su

distribución y dimensión geográfica, (B) los las barreras a la entrada de competidores potenciales, (C) las condiciones de competencia y (D) los índices de concentración. En relación a estos últimos, a diferencia del análisis llevado a cabo por la Comisión, no hay nada expreso en la Resolución 396D0435 (como tampoco existe en la Regulación 4064/89), que nos indique que la Comisión Europea haya realizado un análisis de concentración. Como se verá a continuación, parece ser que la Comisión Europea se inclinó más hacia un análisis de mercado (estudiando la dimensión geográfica, el impacto de la preferencia de los consumidores por las marcas de KCC y Scott Paper y la simple participación en el mercado de estas dos), en vez de analizar la proporción en la cual se incrementarían los índices de concentración.

A. Distribución y dimensión geográfica.

La conclusión de la Comisión Europea fue considerar al Reino Unido y a la República de Irlanda como un mismo mercado geográfico respecto de los productos elaborados con papel tissue. En relación con el resto de la Comunidad Europea, consideró que

no era necesario definir la dimensión exacta del mercado debido a que la Fusión no crearía o fortalecería una posición dominante.

B. Barreras a la entrada.

En su análisis, la Comisión Europea determinó que la entrada de nuevos competidores, tanto a nivel de producción primaria como de importación de productos terminados, era improbable en el corto plazo debido principalmente a los siguientes factores:

- (i) De acuerdo con reportes existentes a la fecha de la fusión, el incremento pronosticado hacia el año 2000 en la demanda de papel higiénico y de pañuelos faciales y pañuelos de bolsillo era de 1.4% y 1.5% anual, respectivamente; en el caso de las toallas absorbentes para cocina, se preveía un decremento durante ese mismo período a razón del 2.5% anual.

Estas estimaciones de ninguna manera alentaban la entrada de nuevos participantes.

- (ii) En términos generales, los productos de papel tissue son abultados y tienen un valor muy bajo. Requieren por tanto de espacios considerablemente grandes para su exhibición dentro de los establecimientos de los vendedores. Estas características hacen que resulte particularmente difícil el acceso de competidores hacia canales de distribución óptimos respecto a los vendedores.

- (iii) Debido a la marcada preferencia de los consumidores hacia las marcas de KCC y Scott Paper, la introducción de una nueva marca requeriría de una inversión significativa a fin de persuadir a los consumidores para cambiar de marca. Estos costos en publicidad son costos perdidos y representan un riesgo para los consumidores entrantes.

- (iv) La construcción de plantas productoras de papel tissue en el Reino Unido, además de requerir una inversión significativa, requeriría por lo menos dos años para iniciar operaciones.

C. Condiciones de mercado.

La Comisión Europea determinó en este caso, que el mayor riesgo competitivo que representaba la Fusión, era desde el punto de vista del impacto de las marcas propiedad de los agentes en los mercados de papel tissue.

Debido a ello, la Comisión Europea dedicó gran parte de su análisis a evaluar el impacto de la concentración en las marcas y en el público consumidor, concluyendo que:

- (i) La entidad subsistente de la Fusión gozaría de una posición líder en los productos de papel tissue de uso doméstico.

- (ii) Debido al nivel de lealtad de los consumidores hacia las marcas propiedad de los agentes y a la necesidad de los vendedores de conceder espacio suficiente para la exhibición de sus productos, la Fusión podría resultar en implementar una política de ventas atadas por parte de la unidad subsistente.

(iii) Existiría la posibilidad de crear ventas atadas entre los productos que ostentan las marcas de los agentes y los productos considerados de "marca propia" de los vendedores.

D. Índices de concentración.

Al hablar aquí de índices de concentración, no me refiero al análisis de la medida en la que el índice Herfindahl (o cualquier otro similar) se incrementaría como resultado de la Fusión, pues como indiqué al iniciar el presente apartado, la Comisión Europea no considera este elemento en sus investigaciones.

En este sentido, la Comisión Europea determinó que los mercados de productos de papel tissue dentro del Reino Unido se encuentran altamente concentrados. La Fusión despertó una preocupación especial en el caso del mercado de papel higiénico, en el cual los productos que ostentan las marcas de KCC y de Scott Paper, sumados a los productos de "marca propia" de los vendedores, comprenden entre el 50% y el 60% del mercado total⁹⁷.

⁹⁷ Debido a motivos de confidencialidad, algunas de las cifras establecidas en la Resolución 396D0435 han sido sustituidas por rangos; de ahí que en casos como éste se utilicen cifras entre X% e Y%.

El competidor más cercano detenta apenas entre el 10% y el 20%, de manera que entre los dos principales productores detentan entre el 60% y el 80% del mercado total.

La Comisión Europea estima que un elevado grado de concentración incrementaría los riesgos asociados con la entrada de nuevos competidores, pues ello propiciaría una reacción por parte del proveedor dominante en contra de los nuevos participantes, consistente en defender el mercado adquirido y su rentabilidad⁹⁸.

Finalmente, la Comisión Europea consideró que la posición de las partes era particularmente fuerte e imposible de contrarrestar.

VI.3.3 Efectos generales de la Fusión en la Comunidad Europea.

Con excepción de Finlandia, las partes adquirirían, como resultado de la Fusión, una presencia en la totalidad de los Estados Miembro y Noruega. Las partes se ubicarían en condiciones de combinar marcas poderosas como Kleenex, Scottex y

⁹⁸ Véase Resolución 396D0435, párrafo (198).

Scotonelle/Cotonelle; de hecho, serían los únicos productores que contarían con marcas pan-europeas.

La entidad resultante de la Fusión a nivel mundial sería la mayor productora de productos de papel tissue en Europa y en el mundo.

Como resultado de su análisis, la Comisión Europea concluyó que la Fusión fortalecería la posición dominante de los agentes involucrados (o de la entidad resultante de la Fusión) dentro del Reino Unido y de la República de Irlanda, misma que sería difícilmente contrarrestable por los competidores existentes.

VI.3.4 Modificaciones a la Fusión.

Como resultado del análisis de la Fusión por parte de la Comisión Europea, KCC y Scott Paper decidieron modificar los términos de la Fusión a fin de lograr su compatibilidad con el mercado común. Para ello, asumieron los siguientes compromisos:

1. Vender las marcas de papel higiénico *Double Velvet*, *Velvet*, *Recycled* y *Quilted*, propiedad de KCC en el Reino Unido y

en la República de Irlanda, junto con los derechos de autor de las etiquetas, material publicitario y promocional correspondientes. En adición, las partes convinieron en celebrar un contrato con una duración de 15 años con el comprador de dichas marcas, mismo que incluiría:

- a) el otorgamiento de una licencia exclusiva y gratuita al comprador para utilizar, por tres años y dentro del Reino Unido y de la República de Irlanda, la marca *Kleenex* junto con las marcas de papel higiénico *Double Velvet*, *Velvet*, *Recycled* y *Quilted*;
- b) una opción unilateral para el comprador para renovar dicha licencia de manera anual y hasta por siete años, en base a una regalía acordada por las partes, calculada en base a las ventas de papel higiénico que ostente la marca *Kleenex*; y
- c) un convenio por parte de KCC y de Scott Paper de no hacer uso, dentro del Reino Unido y de la República de Irlanda, de la marca *Kleenex* o cualquier marca, empaque, material publicitario o promocional similares

a aquéllos descritos en el párrafo (a) anterior durante el resto de la vigencia del contrato de 15 años.

2. Vender al mismo comprador la totalidad de los derechos de KCC en la marca *Velvex* y en la solicitud de marca *Velvet* dentro del Reino Unido.

3. Vender al mismo comprador la marca y el negocio de los pañuelos de bolsillo *Handy Andies*, propiedad de Scott Paper en el Reino Unido y la República de Irlanda, junto con los derechos de autor de las etiquetas, material publicitario y promocional correspondientes. Además, remover la marca *Scottex* de los paquetes de pañuelos de bolsillo *Handy Andies*.

4. Otorgar una licencia exclusiva, gratuita y transferible, por 25 años renovables perpetuamente, para hacer uso de la marca *Scotties* exclusivamente en relación con la fabricación y venta de los pañuelos faciales en caja dentro del Reino Unido y la República de Irlanda, junto con los derechos de autor de las etiquetas, material publicitario y promocional correspondientes.

5. No hacer uso de la marca de pañuelos faciales y de bolsillo *Andrex* por un período indefinido, dentro del Reino Unido y de la República de Irlanda.

6. Vender al mismo comprador el negocio de toallas de cocina que ostentan la marca de *KCC* y celebrar un contrato con una duración de 15 años en términos similares a los del contrato descrito en el punto 1 anterior.

7. No hacer uso de la marca de pañuelos faciales y de bolsillo *Scottex* durante la vigencia del contrato de 15 años a que se refiere el punto anterior, dentro del Reino Unido y de la República de Irlanda.

8. Vender la planta productora de papel *tissue* propiedad de *KCC* y ubicada en Prudhoe, Inglaterra, misma que cuenta con una capacidad productiva de 80,000 toneladas anuales (excepción hecha de algunos activos ubicados dentro de dicha planta).

9. A fin de asegurar la viabilidad del negocio adquirido por el comprador, la venta de la planta de Prudhoe incluiría, entre otras medidas, las siguientes:

- a) la transferencia del personal de ventas involucrado en las categorías de tissue dentro del Reino Unido;
- b) la transferencia del personal administrativo y de producción empleado en la planta de Prudhoe;
- c) asistencia técnica en la producción durante un período no mayor de 12 meses, contados a partir de la fecha de venta; y
- d) cesión de los contratos de suministro de pulpa y demás insumos y contratos de prestación de servicios relacionados con la planta de Prudhoe.

10. La designación de un fiduciario encargado de supervisar la continuidad de los negocios de las partes en lo relativo a los activos a ser enajenados y de coordinar la venta de los mismos en los términos previstos en la propia Resolución 396D0435.

VI.3.5 Evaluación de las modificaciones a la Fusión.

En virtud de que del análisis general de la Fusión se demostró la necesidad de mantener la competencia en el aspecto de las marcas de los productos relevantes, la Comisión Europea consideró que las modificaciones propuestas por KCC y Scott Paper permitirían la entrada de nuevos competidores dentro del Reino Unido y de la República de Irlanda. Como resultado de estas medidas, la Fusión no fortalecería la posición dominante de los agentes.

VI.3.6 Resolución definitiva de la Comisión Europea.

Como resultado del análisis realizado por la Comisión Europea y de los compromisos asumidos por KCC y Scott Paper para hacer de la Fusión una concentración compatible con el mercado común, aquélla concluyó que la operación, tal como fue modificada, no crearía ni fortalecería una posición dominante dentro del mercado común o una parte sustancial del mismo.

El 16 de enero de 1996, la Comisión Europea emitió la Resolución 396D0435, cuyo artículo 1 establece que, sujeto al

cumplimiento con todas y cada una de las obligaciones asumidas por KCC conforme a los párrafos 233 y siguientes de dicha resolución, la concentración notificada por KCC y Scott Paper se declaraba compatible con el mercado común.

La Comisión Europea se reservó sus derechos bajo el artículo 8(5) de la Regulación 4064/89 para revocar la autorización concedida en caso de que KCC incumpliera alguna de las obligaciones asumidas antes de que se concretara la desincorporación de activos acordada, y en su caso, para imponer las sanciones pertinentes.

CONCLUSIONESCAPÍTULO I:

- La LGSM no define el acto de fusión (aunque si hace referencia a los dos tipos de ésta desde el punto de vista jurídico) y se limita a regular su procedimiento y sus efectos.
- Para efectos del derecho de la competencia económica, los dos tipos de fusión desde el punto de vista jurídico, no hacen mayor diferencia en cuanto a su regulación. En cambio, los diferentes tipos de fusión desde el punto de vista de la competencia económica, sí tienen un impacto directo en la regulación de dicho acto por parte de las autoridades de competencia, debido principalmente a sus efectos en los mercados de bienes y servicios.

CAPÍTULO II:

- Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Competencia y del Reglamento, México careció por completo tanto de un marco legal como de una cultura de competencia económica.
- La creación del nuevo marco legal en materia de competencia económica en México, fue resultado directo de una política económica y comercial, orientada hacia la apertura de los mercados nacional y extranjero, implementada principalmente durante la presente década.

CAPÍTULO III:

- A pesar de la gran influencia que el derecho norteamericano ha tenido sobre la creación y desarrollo del derecho mexicano en materia de competencia económica, tanto la Ley de Competencia como el Reglamento (y junto con ellos, la Comisión) han sorprendido a otras autoridades de competencia mucho más avanzadas que la propia Comisión, al innovar en asuntos relativos a la determinación de mercado y a análisis de concentración.

- La adopción por parte de México de una legislación inspirada en el derecho norteamericano, se vería complementada de manera significativa con la introducción de disposiciones que obligaran a la Comisión a seguir el método del caso en la expedición de sus resoluciones.
- Tanto la Ley de Competencia, como la Regulación 4064/89, sujetan a sus disposiciones aquellos actos que aún siendo celebrados fuera de los respectivos territorios, surten efectos dentro de éstos. Lo que ninguno de los instrumentos mencionados en el párrafo anterior deja en claro, es de qué manera las respectivas autoridades de competencia pueden prohibir una operación de tales características o, en su caso, ordenar su desconcentración. Será interesante ver de qué manera evoluciona el derecho internacional en cuanto al concepto de extraterritorialidad en materia de competencia económica, pues sabemos que varios Estados reconocen la necesidad de sujetar ciertos actos a la jurisdicción de autoridades de otros Estados, al propio tiempo que reclaman reciprocidad.

- La existencia de disposiciones controvertidas dentro del marco legal de la competencia en México, no son ajenas a otras legislaciones en la materia (incluyendo a la Comunidad Europea, que como se vio en el Capítulo IV, fue igualmente controvertida en sus orígenes). Es de esperarse que con la experiencia de la Comisión y de otros coordinadores institucionales, las deficiencias que ahora presentan dichos instrumentos sean superadas.

CAPÍTULO IV:

- Al igual que en el caso de México, los antecedentes legislativos en materia de competencia económica son controvertidos. No obstante lo anterior, la Regulación 4064/89 constituye un mecanismo novedoso y sumamente desarrollado en el ámbito de la Comunidad Europea.

CAPÍTULO V:

- Los thresholds que encontramos tanto en la Ley de Competencia como en la Regulación 4064/89 atienden al tamaño de los agentes involucrados. Sin embargo, la Ley d

Competencia va más allá al considerar también el importe de la transacción, introduciendo con ello un análisis de carácter más cualitativo que cuantitativo.

En cuanto a los criterios empleados en la investigación de concentraciones, considero que la Comisión Europea lleva a cabo un análisis de carácter cuantitativo más que cualitativo, como lo hace la Comisión. Afirmo lo anterior no sólo por las diferencias existentes en lo que a *thresholds* se refiere, sino también porque tanto el procedimiento para efectuar el análisis de concentraciones como el utilizado en la determinación de los mercados relevantes, además de ser innovadores, consideran el impacto de las concentraciones en los mercados desde un punto de vista mucho más subjetivo.

- En la resolución de los asuntos investigados por la Comisión Europea, ésta ha desarrollado su política de competencia y los procedimientos correspondientes en torno a la doctrina y práctica del caso; es decir, fundando sus resoluciones en sus decisiones anteriores así como en las sentencias de la

CEJ. Lo anterior, no obstante que no existe disposición alguna en la Regulación 4064/89 que obligue a la Comisión Europea a hacerlo de esa manera.

CAPÍTULO VI:

- El análisis realizado demuestra que las medidas implementadas por la Comisión para la aprobación de la concentración entre Kimberly-Clark Corporation y Scott Paper Company fueron mucho más estrictas que las implementadas por la Comisión Europea. Considero que esta diferencia representa las características particulares de los dos mercados y no a una política más agresiva por parte de la Comisión, en comparación a la asumida por la Comisión Europea.
- Es claro que las principales diferencias entre ambos procedimientos son resultado, en primer lugar, de sus antecedentes y, en segundo lugar, del mercado común que constituye la Unión Europea. Los principios de "dimensión comunitaria", "compatibilidad con el mercado común" ;

"control uni-instancial" (y sus excepciones), así como el concepto de mercado común, solamente los encontramos en un sistema económico y legal como lo es la Comunidad Europea.

BIBLIOGRAFÍA

A. Legislación mexicana:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Rabasa, Emilio O. y Caballero Olga, "Mexicano: esta es tu Constitución", Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, primera reimpresión de la Décima edición, 1996, México.

Decreto de la Ley de Sistemas para el Retiro y Reformas y Adiciones a las Leyes General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, para Regular las Agrupaciones Financieras; de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y Federal de Protección al Consumidor.

Ley de Inversión Extranjera, en Sumario Mercantil 1999, Editorial Themis, décima quinta edición, México, 1999.

Ley Federal de Competencia Económica, folleto preparado por la Comisión Federal de Competencia, México, 1994.

Ley Federal de Competencia Económica, folleto preparado por la Comisión Federal de Competencia, México, 1998, pp. 5-26.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, folleto preparado por la Comisión Federal de Competencia, México, 1998, pp. 27-57.

Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, folleto preparado por la Comisión Federal de Competencia, México, 1998, pp. 5-26.

B. Legislación europea:

Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law (visitado por última vez el 04-05-99), <http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/en/rel_evma.htm>.

Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 257, 21.09.1990.

Council Regulation (EC) No. 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 257, 21.09.1990.

C. Libros:

Downes, T. Anthony y Julian Ellison, "The legal control of mergers in the European Communities", Blackstone Press Limited, London, 1991.

"European Mergers and Merger Policy", (Mathew Bishop y John Kay, editores), Oxford University Press, 1993, pp. 294-317.

Fine, Frank L., "Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC", Graham & Trotman Limited, London, 1989.

Frisch Philipp, Walter, "Sociedad Anónima Mexicana", Harla, tercera edición, 1994. México.

Korah, Valentine, "Cases & Materials on EC Competition Law", Hart Publishing, Oxford, UK, 1997.

"Merger Control in the EEC", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1988 (preparado por un grupo de despachos jurídicos establecidos en Bruselas).

Pérez Miranda, Rafael, "Propiedad Industrial y Competencia en México, Un enfoque de derecho económico", Editorial Porrúa, primera edición, 1994, México.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, décima octava edición, Editorial Porrúa, 1985, México.

----, "Tratado de Sociedades Mercantiles", Tomo II, sexta edición, 1981, Editorial Porrúa, México.

Vázquez del Mercado, Oscar, "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles", Editorial Porrúa, cuarta edición, 1992, México.

Whish, Richard, "Competition Law", third edition, Butterworth & Co. (Publishers) Ltd, London - Edinburgh, 1993.

D. Revistas:

European Community Competition Policy, XXVith Report on competition policy 1996, European Communities, 1997, pp. 47-53.

European Community Competition Policy, XXVIIth Report on competition policy 1997, European Communities, 1998, pp. 49-59.

Commission of the European Communities, XXth Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1991, pp. 35-41.

Commission of the European Communities, XXIst Report on Competition Policy 1991, Brussels-Luxembourg, 1992, pp. 19-21 and 83-86.

Commission of the European Communities, XXIIInd Report on Competition Policy 1992, Luxembourg, 1993, pp. 22-25 and 124-159.

European Commission, XXIIIrd Report on Competition Policy 1993, Brussels-Luxembourg, 1994, pp. 35-43 and 164-188.

EC Competition Policy Newsletter:

- Number 6, vol. 1, Autumn/Winter 1995, pp. 30-34
- Number 1, vol. 2, Spring 1996, pp. 27-29
- Number 2, June 1998, pp. 61-72
- Number 3, October 1998, pp. 30-39
- Number 1, February 1999, pp. 40-44

E. Artículos:

Christian Ahlborn y Vanessa Turner, *Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation*, 1998 European Competition Law Review, vol. 19, issue 4 pp. 249-262.

Greta Spota Diercix, *Algunas consideraciones sobre el papel de la Comisión Federal de Competencia Económica en la aplicación y promoción de la legislación de competencia*, Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 2, septiembre de 1997, pág. 52.

Javier Aguilar Alvarez de Alba, *Glosa de la Concentración entre Kimberly-Clark México y Compañía Industrial de San Cristóbal*, Ars Iuris, No. 17, Universidad Panamericana, 1997, México.

Juan Antonio Rivière Martí, *La Política de Competencia en América Latina: Una Nueva Área de Interés para la Unión Europea*, Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 1, primavera de 1997.

López-Velarde Estrada, Rogelio, *La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Jurídica, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, número 24, 1995-I, México.

F. Otros:

Aguilar Alvarez de Alba, Javier, "La libre competencia como garantía individual de los particulares", documento inédito.

Allan Van Fleet, *Competition Policy in a Developing Economy: Mexico's Federal Economic Competition Law*, (visitado por última vez el 04-05-99).
<<http://www.vinson-elkins.com/mexicoL.html>>.

Comisión Federal de Competencia, Informe anual 93-94.

Comisión Federal de Competencia, Informe anual 1994-1995.

Comisión Federal de Competencia, Informe Anual de Competencia Económica 1995-96.

Comisión Federal de Competencia, Informe de Competencia Económica, Segundo Semestre de 1996.

Competition Report 1996, Application of Competition Rules in the European Union, 1.2. Summaries of decisions taken under Article 8 of Council Regulation (EEC) No 4064/89, Kimberly-Clark/Scott Paper (16.1.96), (visitado por última vez el 05-05-99).
<<http://www.europa.eu.int>>.

Criterios de la CFC

Document 396D0435, 96/435/EC: Commission Decision of 16 January 1996 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation

(EEC) ~~No~~ 4064/89 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No IV/M.623 Kimberly-Clark/Scott), Official Journal L 183, 23/07/1996, pp. 1-56.

Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia Económica, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, 1991, pág. 54.

Michael Reynolds and David Harrison, *EU Briefings, Changes to the EU merger control regulation* (visitado por última vez el 04-05-99).

<<http://www.lawmoney.com/public/cont...ions/IFLR/iflr9706/iflr9706.15.html>>.

Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89 (visitado por última vez el 04-05-99).

<<http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/en/not4064.htm>>.

Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.

Programa de Política Industrial y Comercio Exterior.

Presentación de la Propuesta de Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (visitado por última vez el 04-05-99).

<<http://www.cfc.gob.mx/cfc97/comunica/seminario/lpr.htm>>.