

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)28

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

03-Apr-2017

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE

Cancels & replaces the same document of 31 March 2017

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)**  
**FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA**  
**Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe - Evolución y tendencias recientes**

-- Contribución de los Estados Unidos --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

*Se hace circular el documento adjunto elaborado por los Estados Unidos PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.*

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE  
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)]

JT03411832

Complete document available on OLIS in its original format

*This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.*

DAF/COMP/LACF(2017)28  
Unclassified

Spanish - Or. English

# FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia  
4 y 5 de abril de 2017, Managua (Nicaragua)

## Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe: Evolución y tendencias recientes

\*\*\*

### -- CONTRIBUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS --

1. Las cuestiones relacionadas con el control de fusiones implican con frecuencia a distintos países, adquiriendo así tintes internacionales. Con motivo de la evolución del control de las fusiones en América Latina y el Caribe (LAC), la Comisión Federal de Comercio estadounidense (FTC, por sus siglas en inglés) y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia estadounidense (DOJ, por sus siglas en inglés) –englobadas conjuntamente bajo la expresión «agencias federales» u «órganos ejecutivos» estadounidenses– han colaborado estrechamente con servicios y órganos homólogos de otras partes de la región en casos de fusiones y, cada vez más, en el diseño de medidas correctoras. Las líneas siguientes abordan los avances más recientes por lo que respecta a las medidas correctoras en materia de fusiones y cooperación internacional que repercuten en toda acción de cumplimiento en defensa de los intereses comunes en todo el hemisferio.

#### 1. Medidas correctoras en materia de fusiones

2. En febrero de 2017, la FTC publicó un estudio que examinaba la eficacia de algunas de sus resoluciones dictadas entre 2006 y 2012 («Estudio sobre procesos de desinversión»)<sup>1</sup>. Dicho estudio concluyó que las prácticas de la FTC relacionadas con el diseño, la elaboración e implementación de sus medidas correctoras en materia de fusiones eran generalmente eficaces y que la mayoría de las medidas correctoras a las que apuntaba el estudio preservaban o restablecían la competencia en los mercados pertinentes. Si bien el estudio gira en torno a diversos casos de la FTC, los procedimientos empleados por la referida Comisión son similares a los del DOJ. Este documento de trabajo recoge algunos principios y

<sup>1</sup> FTC (2017): *The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A report of the Bureaus of Competition and Economics* [«Medidas correctoras de la FTC en materia de fusiones de 2006 a 2012: Informe de las Comisiones de Competencia y Economía»], disponible en la página [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100\\_ftc\\_merger\\_remedies\\_2006-2012.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf).

prácticas esenciales articulados por las agencias federales estadounidenses en el diseño de medidas correctoras de los efectos anticompetitivos de las fusiones horizontales<sup>2</sup>.

### **1.1 *El sistema de control de fusiones estadounidense***

3. Para poder entender la postura de los Estados Unidos ante las medidas correctoras de las fusiones horizontales, antes debemos efectuar un análisis crítico acerca del funcionamiento del sistema de notificación previo a la fusión. La normativa estadounidense sobre fusiones establece que las partes intervinientes en toda fusión que alcance o supere ciertos límites fijados en dólares deberán efectuar la correspondiente notificación al Gobierno de los Estados Unidos y respetar los plazos estipulados antes de fusionarse. A continuación, el órgano ejecutivo correspondiente someterá a examen dicha fusión propuesta y determinará si constituye una posible práctica anticompetitiva.

4. Si el órgano ejecutivo de supervisión determina que es probable que la fusión horizontal propuesta produzca efectos anticompetitivos, puede instar al Tribunal Federal competente a adoptar medidas cautelares antes de que tenga lugar la fusión<sup>3</sup>. Sin embargo, en la práctica, la mayoría de las partes proponen e intentan llegar a un acuerdo con el órgano ejecutivo correspondiente para evitar tener que someterse a un proceso judicial comprometiéndose, habitualmente, a eliminar los aspectos competitivos de la fusión mediante un proceso de desinversión. En algunos casos relativamente aislados, una fusión propuesta puede producir efectos anticompetitivos que no pueden contrarrestar o suprimir las medidas correctoras, por lo que, en tales casos, las agencias federales competentes bloquearán de antemano la fusión. Pese a que los problemas planteados por la mayoría de las fusiones horizontales anticompetitivas pueden subsanarse recurriendo a la negociación en lugar del sometimiento a un proceso judicial, el procedimiento de negociación se ve impulsado y condicionado a la vez por la posibilidad de que el órgano ejecutivo de supervisión opte por bloquear la fusión, unida a las políticas correctoras que se analizan en este documento.

### **1.2 *Principios fundamentales de las fusiones horizontales***

5. Al igual que las fusiones horizontales pueden presentar enormes diferencias entre sí, también las medidas correctoras eficaces en materia de fusiones pueden diferir de un caso a otro. El análisis de las medidas correctoras adoptadas por las agencias federales atiende a una gran cantidad de elementos, como ocurre en el análisis individualizado caso por caso. No obstante, resultan aplicables ciertos principios básicos a todas las medidas correctoras de las fusiones horizontales: en primer lugar, el diseño de medidas idóneas que corrijan los efectos de las fusiones horizontales debe perseguir defender (o restablecer) efectivamente la competencia, a cuyo fin las agencias federales estudiarán únicamente medidas que corrijan los efectos anticompetitivos asociados a una determinada fusión; en segundo lugar, el objetivo fundamental de estas agencias radica en la defensa de la competencia, no en determinar los resultados de la actuación del mercado. En consecuencia, la finalidad de las agencias federales al diseñar tales medidas correctoras no es otra que la de propiciar las condiciones de la competencia y la articulación del proceso competitivo, y no ya la de proteger o favorecer a competidores concretos.

---

<sup>2</sup> El término «fusión» se utiliza a lo largo del presente documento para designar adquisiciones y otras operaciones análogas sujetas a las leyes sancionadas por las agencias federales estadounidenses.

<sup>3</sup> Dichas medidas cautelares tienen por objeto impedir o suspender la fusión hasta que el órgano ejecutivo correspondiente pueda enjuiciar los probables efectos anticompetitivos de la fusión en objeto. Mientras que la mayoría de los casos se resuelven en esa etapa, por lo general, la Comisión Federal de Comercio estadounidense (FTC) desarrolla las actuaciones que siguen adelante con arreglo a sus propias normas de procedimiento administrativo y adopta, como resultado, una resolución bien permitiendo que se lleve a cabo dicha fusión o bien prohibiéndola. Por su parte, el Departamento de Justicia estadounidense (DOJ) incoa tales procedimientos ante el tribunal que haya adoptado las referidas medidas cautelares.

6. Las agencias federales tratan de encontrar soluciones que den una respuesta eficaz y pongan fin al daño real o potencial para el comercio y los consumidores estadounidenses, al tiempo que intentan evitar conflictos con las medidas correctoras previstas por servicios y órganos homólogos extranjeros. Toda agencia federal u órgano ejecutivo estadounidense estudiará medidas correctoras atinentes a conductas y prácticas anticompetitivas o activos fuera de los Estados Unidos en la medida en que resulten necesarias para subsanar o reparar eficazmente el daño real o potencial para el comercio y los consumidores estadounidenses, y siempre que sean coherentes con el análisis del aspecto regulador de la *cortesía internacional* de la agencia u órgano correspondientes<sup>4</sup>.

### 1.2.1 Operaciones de desinversión

7. Las agencias federales recurren a medidas correctoras estructurales de defensa de la competencia en la gran mayoría de casos en los que una fusión horizontal genera probablemente efectos anticompetitivos. Para garantizar la eficacia de toda medida correctora de carácter estructural, el comprador de los activos enajenados (esto es, vendidos o cedidos) debe contar con los medios e incentivos necesarios para la defensa de la competencia en el/los mercado(s) afectado(s) debiendo incluir, por tanto, dicha operación todos los activos, tanto materiales como intangibles, necesarios para que el comprador pueda competir eficazmente con la entidad fusionada.

8. Es preferible vender o ceder una actividad empresarial en curso a enajenar ciertos activos seleccionados. Ha quedado suficientemente probada la capacidad que tiene para competir en el mercado de referencia una empresa ya existente que cuente, normalmente, con los activos materiales, el personal, los activos intangibles y la infraestructura administrativa necesarios para una producción y distribución eficientes del/de los producto(s) correspondiente(s). Todas las operaciones de venta o cesión de actividades empresariales en curso recogidas en el *Estudio sobre procesos de desinversión* se completaron con éxito, lo que viene a reforzar el hecho de que las agencias federales se decanten por esta medida correctora en los casos de fusión horizontal. A la hora de evaluar una propuesta de desinversión de una actividad empresarial en curso, el órgano ejecutivo de supervisión debe confirmar que están siendo objeto de venta o cesión<sup>5</sup> todos los elementos de dicha actividad y, ante la hipótesis de que se dicte una orden que autorice la venta<sup>6</sup>, las partes intervinientes en la fusión deberán estar preparadas probablemente para identificar a los posibles compradores interesados y a los compradores admisibles de los activos. Si bien, en determinadas circunstancias, las agencias federales pueden autorizar la venta o cesión parcial de una empresa ya existente, tales operaciones pueden plantear más riesgos que los procesos de desinversión de actividades empresariales en curso, de ahí la necesidad de someterlas a un detenido examen<sup>7</sup>. Tales órganos aprobarán la propuesta de enajenar determinados activos seleccionados sólo si las partes intervinientes en la fusión y

---

<sup>4</sup> FTC y DOJ (2017): *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* [«Directrices relativas a la aplicación de normas y cooperación internacionales en materia de defensa de la competencia»], pág. 47, disponibles en la página <https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>.

<sup>5</sup> Las partes intervinientes en una fusión deben explicar hasta qué punto cuenta la actividad empresarial propuesta con todos los elementos necesarios como para poder operar por cuenta propia y en qué medida puede un comprador adquirir la actividad empresarial en curso y comenzar a competir de inmediato.

<sup>6</sup> En una venta fruto de un título ejecutivo o autorización previa, el comprador de los activos enajenados obtiene la autorización del órgano ejecutivo de supervisión tras dictarse la orden o resolución de venta, mientras que las partes intervinientes en la fusión disponen de un plazo para transferir los activos enajenados.

<sup>7</sup> Si bien todas las operaciones de enajenación de actividades empresariales en curso analizadas en los estudios de caso se completaron con éxito, el *Estudio sobre procesos de desinversión* concluyó que en nueve títulos ejecutivos por los que se ordenaba y/o autorizaba la enajenación de un paquete de activos más reducido, tales operaciones no defendían o preservaban las condiciones de competencia, razón por la que, generalmente, las propuestas de enajenación de ciertos activos seleccionados requieren un análisis más pormenorizado.

el comprador propuesto de dichos activos consiguen demostrar que la enajenación de un paquete de activos más reducido puede propiciar la defensa o el restablecimiento de la competencia<sup>8</sup>. Adicionalmente, recaerá sobre el comprador propuesto la carga de la prueba acerca de su capacidad para competir eficazmente en todos los mercados de referencia afectados sin el paquete de activos conexo al conjunto de actividades empresariales en curso<sup>9</sup>.

9. Con el fin de poder determinar si una medida correctora propuesta ante una fusión horizontal es satisfactoria, las agencias federales estadounidenses deben analizar igualmente si resulta necesario enajenar otros activos además de los superpuestos a fin de garantizar la viabilidad de los activos enajenados y preservar las condiciones de competencia. A modo de ejemplo, en algunos sectores es difícil competir sin ofrecer una «línea completa» de productos. En tales circunstancias, puede que las agencias federales estadounidenses traten de incluir una línea completa de productos en el paquete de desinversión o bien prefieran a un comprador que ya oferte productos y que, junto a los activos enajenados, ofrezca una «línea completa», aun cuando su preocupación en el ámbito de la defensa de la competencia esté asociada tan sólo a un subgrupo específico de esos productos, lo que contribuye a que el comprador tenga *economías de alcance* similares a las de las empresas fusionadas.

10. En algunas situaciones, un comprador precisa de activos intangibles para poder competir eficazmente. Por ejemplo, al fusionarse empresas con derechos de patente alternativos para producir el mismo producto final, la desinversión se traduce en la concesión de derechos sobre esos activos a uno o varios compradores, ya sea mediante la venta o la concesión de licencias. En otros casos, la desinversión puede llevar aparejados un contrato de arrendamiento inmobiliario o de suministro que no pueden transferirse sin el consentimiento del arrendador o proveedor. Una propuesta de desinversión aceptable debe incluir todos los activos intangibles necesarios, al tiempo que las partes intervinientes en la fusión deben conseguir el consentimiento de terceras partes imprescindible para transferir los activos incluidos en la propuesta.

### 1.2.2 Medidas correctoras accesorias

11. Aunque los efectos anticompetitivos de las fusiones horizontales suelen contrarrestarse articulando operaciones de desinversión de carácter estructural, las agencias federales estadounidenses deben examinar, asimismo, si es necesario adoptar una solución temporal a la conducta anticompetitiva que ayude a consolidar la medida correctora estructural. Así, por ejemplo, puede que las agencias federales exijan que la desinversión lleve aparejado un contrato de suministro ante la imposibilidad de que el comprador fabrique el producto durante un período transitorio (tal vez se vean alteradas las mezclas de productos al reconfigurarse las plantas, o puede que el comprador obtenga la aprobación de las autoridades competentes o la autorización de los clientes). En estos casos, un contrato de suministro puede ayudar a evitar la pérdida de un competidor del mercado, incluso temporalmente. Del mismo modo, los límites

<sup>8</sup> Las partes intervinientes en la fusión deben estar preparadas para: i) exponer las razones por las que la opción de venta o cesión de una actividad empresarial en curso es inapropiada o inviable; ii) demostrar hasta qué punto pueden funcionar los activos seleccionados como una actividad viable y competitiva en el mercado de referencia; iii) detallar qué elementos de una actividad empresarial en curso se excluyen del paquete y, respecto de cada elemento excluido, en qué medida puede subsanar el defecto el comprador propuesto, a qué coste y con qué rapidez, y iv) conceder al comprador un plazo y acceso idóneos a los empleados, a las instalaciones y a la información para actuar con la debida diligencia.

<sup>9</sup> Por su parte, el comprador propuesto deberá: i) explicar cómo piensa defender o restablecer la competencia con el paquete de activos seleccionado; ii) evaluar qué activos y servicios adicionales serán necesarios para que los activos seleccionados funcionen como una actividad viable y competitiva en el mercado de referencia; iii) detallar cómo van a obtenerse estos activos y servicios adicionales, a qué coste y con qué rapidez, y iv) justificar documentalmente la estimación del coste y plazo necesarios para conseguir tales activos y servicios adicionales.

temporales sobre la capacidad de la empresa fusionada para recuperar personal pueden ser apropiados, en ocasiones, en el marco de una desinversión para asegurarse de que el comprador sea un competidor viable. Por otra parte, las agencias federales pueden exigir también a la empresa fusionada que aporte cierta asistencia técnica provisional a un comprador, especialmente en los casos en que los mercados de producción sean sumamente técnicos y complejos.

12. Si la desinversión afecta a diversas actividades empresariales en curso y concurren varios compradores apropiados, las agencias federales podrán aceptar una resolución que autorice o una orden de venta posterior a la fusión, si bien tendrán que aprobar aún la cesión al comprador propuesto de los activos enajenados. Por otra parte, a menudo se exhortará a la empresa fusionada a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los activos que vayan a ser objeto de venta o cesión sigan siendo activos independientes, diferenciados y enajenables. Por su parte, la medida correctora implica también con frecuencia que la parte fusionada mantenga el valor y preserve la reputación y ética comercial de los activos objeto de cesión durante el proceso de desinversión. Habida cuenta de que las disposiciones de separación y preservación de activos no propiciarán íntegramente la competencia en todos los casos, dichas disposiciones no anulan la necesidad de una desinversión rápida y sin dilación.

### 1.3 *Directrices adicionales*

13. Los principios con arreglo a los que pueden diseñarse las medidas correctoras que se describen en el presente documento de trabajo se tratan con mayor detalle en los documentos de referencia de acceso público y directrices publicadas por las agencias federales, esto es, mientras que la División Antimonopolio publicó una *Guía normativa sobre medidas correctoras en materia de fusiones*<sup>10</sup>, la Oficina de Competencia de la Comisión Federal de Comercio ha hecho públicas, aparte del *Estudio sobre procesos de desinversión*, otras dos guías relacionadas: una comunicación sobre la negociación de medidas correctoras en materia de fusiones y una relación de preguntas frecuentes (FAQ) acerca de las medidas correctoras de los efectos anticompetitivos de las fusiones<sup>11</sup>.

## 2. **Cooperación internacional en casos de fusión**

14. En las últimas dos décadas, el número de órganos ejecutivos de supervisión de fusiones ha aumentado exponencialmente. Las fusiones transfronterizas son, cada vez más, objeto de investigación por parte de diversos organismos de defensa de la competencia<sup>12</sup>. Las agencias federales estadounidenses continúan cooperando a nivel internacional en casos que atañen a distintos organismos de defensa de la competencia de un número creciente de jurisdicciones y, de hecho, se ha reforzado la cooperación entre este tipo de organismos al trabajar juntos cada vez con mayor frecuencia. En la actualidad, es particularmente habitual la cooperación a nivel internacional en los casos de fusiones, por lo que se espera que esta tendencia ascendente de expansión y profundización de la cooperación continúe.

15. Gracias al trabajo de cooperación, un organismo de defensa de la competencia puede coordinar su investigación a nivel interno con las que efectúan otros organismos de defensa de la competencia encargados de examinar la fusión realizada. La cooperación permite reforzar la eficacia de las investigaciones realizadas por cada organismo y alcanzar resultados compatibles al examinar el mismo

<sup>10</sup> Véase <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>.

<sup>11</sup> Visítense los enlaces <http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/bestpractices030401.shtm> y <http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtm>.

<sup>12</sup> Comité de Competencia de la OCDE (2013): *Cooperación internacional en materia de aplicación del Derecho de la competencia: Informe de la Secretaría sobre la encuesta de la OCDE y de la RIC acerca de la cooperación internacional en materia de aplicación del Derecho de la competencia*, disponible en la página <http://www.oecd.org/competition/InternEnforcementCooperation2013.pdf>.

asunto<sup>13</sup>. Asimismo, la cooperación puede redundar en el beneficio mutuo de ambas partes interesadas y organismos cooperantes: mientras que las partes interesadas se benefician de procedimientos de revisión más eficaces y se enfrentan a un menor riesgo de resultados contradictorios, los organismos correspondientes disfrutan de estas ventajas y están en mejores condiciones de comparar sus propios planteamientos y análisis con los de otras jurisdicciones, aprenden los unos de los otros y participan en un proceso de mejora y convergencia sustancial permanente en el análisis de la competencia.

16. Según las agencias federales estadounidenses, la cooperación en materia de fusiones ha resultado mayormente eficaz en los casos en que los órganos de supervisión se han puesto en contacto entre sí en los estadios iniciales de sus respectivas investigaciones. Una primera toma de contacto informal permite a los distintos organismos discernir si se requiere una mayor investigación. Dichos contactos se limitan a la información de dominio público y no confidencial. Si bien es cierto que no se necesita un acuerdo escrito de cooperación para que las agencias federales estadounidenses colaboren con otros organismos de defensa de la competencia, es igualmente cierto que en algunos casos puede coadyuvar la cooperación suscribiendo, por ejemplo, un acuerdo de confidencialidad. Cuando el hecho de que exista una cooperación más estrecha e intensa redunde en el interés tanto de ambos órganos de supervisión como de las partes intervinientes en la fusión, las partes implicadas podrán optar por permitir a los órganos competentes renunciar a la confidencialidad a fin de establecer un marco de cooperación basada en la información confidencial de las partes.

17. En enero de 2017, las agencias federales estadounidenses publicaron la versión revisada de las «Directrices relativas a la aplicación de normas y cooperación internacionales en materia de defensa de la competencia» (*Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation*)<sup>14</sup>, por las que se actualiza la versión de 1995. Las nuevas Directrices revisadas, que se ampliaron, entre otras cosas, para describir la forma en que las agencias federales estadounidenses cooperan con las autoridades extranjeras, reflejan la creciente importancia de aplicar normas de defensa de la competencia en una economía globalizada y el compromiso de cooperación de las agencias federales estadounidenses con las autoridades extranjeras correspondientes tanto en materia de políticas como de investigación. El capítulo dedicado a la cooperación internacional describe las herramientas de investigación con las que cuentan las agencias federales estadounidenses, las garantías en materia de confidencialidad, la base jurídica de cooperación, los tipos de información intercambiada y exclusiones o renunciaciones al deber de confidencialidad, medidas correctoras y otras consideraciones especiales en el ámbito de las investigaciones penales.

### **2.1 Cooperación y confidencialidad**

18. La cooperación efectiva en casos de fusión está supeditada a la capacidad de los organismos cooperantes para discutir temas relacionados con las fusiones, sus efectos previsibles y, en caso necesario, las posibles medidas correctoras. En consecuencia, es esencial identificar formas de mantener un diálogo y

<sup>13</sup> El hecho de que los resultados sean compatibles no necesariamente implica que sean idénticos, sino que se sustentan en un análisis congruente y compatible aun cuando dicho análisis conduzca a resultados distintos en diferentes condiciones de mercado. En un caso en el que la misma fusión afecte a jurisdicciones con estructuras de mercado diferentes (como cuando una fusión reduce el número de competidores de ocho a siete en una jurisdicción frente a otra en la que dicho número de competidores pasa de dos a uno), es posible que dos jurisdicciones distintas efectúen análisis totalmente compatibles, concluyan que los efectos competitivos en sus respectivos territorios difieren y alcancen diferentes conclusiones sobre el impacto competitivo de la operación de fusión en sus jurisdicciones.

<sup>14</sup> FTC y DOJ (2017): *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* [«Directrices relativas a la aplicación de normas y cooperación internacionales en materia de defensa de la competencia»], disponibles en la página <https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>.

sostener tales conversaciones sin infringir las restricciones de confidencialidad que contemplan las normas y reglamentos de defensa de la competencia.

19. Las leyes y reglamentos nacionales que protegen la información de carácter confidencial frente a una divulgación o un uso indebidos («medidas de garantía de la confidencialidad de la información») cumplen un objetivo vital, de ahí la importancia de que la cooperación en el marco de las investigaciones sobre operaciones de fusión no actúe en detrimento de tales garantías. En la mayoría de las jurisdicciones, las *medidas de garantía de la confidencialidad de la información* prohíben el uso indebido de información comercial y financiera «sensible» facilitada por las partes implicadas o los testigos. En Estados Unidos, por ejemplo, toda la información comunicada a las agencias federales y demás órganos ejecutivos con arreglo al sistema de notificación previo a la fusión estadounidense, junto con toda la información producida en respuesta al proceso obligatorio de las agencias federales, tiene carácter confidencial. Asimismo, las agencias federales están obligadas a preservar la confidencialidad de la información transmitida con carácter voluntario en el marco de una investigación que tenga por objeto el control de fusiones, además de contar con normas y prácticas orientadas a tal fin<sup>15</sup>.

20. El personal debe tener conocimiento de las medidas de garantía de la confidencialidad para saber qué información puede compartir y/o intercambiar con las demás agencias competentes, así como el uso que pueden hacer de la información recibida. Una escrupulosa garantía de la confidencialidad de la parte de los órganos de supervisión transmite la certeza a las empresas de que no se hará un uso indebido de la información confidencial que les concierne, que infunde una mayor confianza en la aportación de información relevante a los órganos de supervisión. Aun atendiendo a lo dispuesto en las referidas normas, las agencias y órganos correspondientes pueden seguir intercambiando un volumen significativo de información útil, como se explica a continuación, pudiendo constituir el objeto de dicha cooperación diferentes categorías de información, entre ellas la información de acceso público, información «institucional reservada» y, en determinadas circunstancias, información de carácter confidencial.

21. Puede establecerse una intensa y provechosa cooperación sobre la base de información de carácter público. Por ejemplo, el personal de la agencia desarrolla una pericia y adquiere una experiencia bastante significativas en sectores específicos, hasta el punto de poder compartir sus conocimientos sobre el funcionamiento de un determinado sector o de poder instruir y poner la mirada de agencias afines en información de acceso público como la que aparece en la página web de reguladores y autoridades de supervisión de valores.

22. La cooperación también puede basarse en lo que las agencias federales estadounidenses llaman de información «institucional reservada», es decir, aquella información que tales agencias no tienen prohibido divulgar por ley, si bien suele recibir la consideración de información «no destinada al público»<sup>16</sup> como, por ejemplo, la existencia de una investigación abierta; el análisis del producto de referencia y de los mercados geográficos relevantes por el personal; los probables efectos competitivos de la operación, práctica o conducta en cuestión; la planificación de la investigación y las posibles medidas

---

<sup>15</sup> Véanse, por ejemplo, las «Directrices relativas a la aplicación de normas y cooperación internacionales en materia de defensa de la competencia» de la FTC y del DOJ (*Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation*), disponibles en [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1049863/international\\_guidelines\\_2017.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049863/international_guidelines_2017.pdf), para analizar las medidas de garantía de la confidencialidad de la información de las agencias federales estadounidenses.

<sup>16</sup> OCDE (Octubre de 2013): *Nota remitida por Estados Unidos al Grupo de Trabajo n° 3 sobre Competencia y Cumplimiento del Comité de Competencia de la OCDE para el análisis de la definición de información confidencial*, disponible en la página <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oced-other-international-competition-fora/1310us-confidentialinfo.pdf>.



correctoras, aunque en ningún caso se revelan datos legalmente protegidos o confidenciales. Generalmente, las agencias federales estadounidenses se han mostrado dispuestas a intercambiar este tipo de información con otros órganos competentes que les han ofrecido las garantías necesarias en relación con la confidencialidad de la información, plasmadas bien en un acuerdo bilateral o multilateral, como las representadas por la *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la Cooperación Internacional en el marco de investigaciones y procedimientos en materia de competencia*<sup>17</sup> o del *Marco de cooperación de la RIC para el control de fusiones*<sup>18</sup>.

23. En determinados ámbitos, las agencias federales estadounidenses consideran que el intercambio de información confidencial constituye una importante herramienta para entablar en la práctica una estrecha e intensa cooperación, que puede pasar por analizar conjuntamente las *teorías del daño* y por concebir medidas correctoras apropiadas. Se permite a la parte remitente, la que suministra la información, renunciar a la protección que confieren las normas estadounidenses de confidencialidad de la información a fin de que las agencias cooperantes puedan examinar y compartir abiertamente la información confidencial de una parte interesada o de un tercero. En el marco de las investigaciones sobre operaciones de fusión desarrolladas por las agencias federales estadounidenses, las partes contemplan sistemáticamente la exclusión o prevén la renuncia con carácter voluntario al deber legal de confidencialidad para coadyuvar la cooperación. Por su parte, las agencias federales estadounidenses han llegado a la conclusión de que tales exclusiones o renunciaciones pueden dotar a las investigaciones de una mayor eficacia y propiciar un análisis y el diseño de medidas correctoras más coherentes por parte de los organismos que investigan el mismo asunto. Normalmente, todas las partes suelen convenir que redundará en su propio interés común contemplar tales exclusiones y/o renunciaciones en tanto que las agencias que mantienen una comunicación regular y abierta entre sí tienen más probabilidades de alcanzar resultados congruentes y compatibles.

24. Las referidas exclusiones y/o renunciaciones al deber de confidencialidad pueden ser de utilidad en distintas fases del procedimiento de control de fusiones. Por ejemplo, si se ponen de manifiesto en un estadio inicial de la investigación, pueden permitir a las agencias cooperantes participar en deliberaciones exhaustivas sobre los mercados de referencia, además de analizar las *teorías del daño* y las conclusiones pertinentes. Tales deliberaciones entre agencias cooperantes pueden contribuir a centrar más rápidamente las investigaciones tanto en cuestiones clave como en las principales inquietudes que se suscitan en el ámbito de defensa de la competencia. Las exclusiones y/o renunciaciones al deber de confidencialidad también pueden revelarse particularmente importantes una vez que las partes implicadas comienzan a examinar las medidas correctoras propuestas, entre ellas las desinversiones. Las disposiciones correctoras pueden revestir una gran complejidad, de ahí la importancia de que permitan la interoperabilidad entre jurisdicciones. Gracias al diálogo y al entendimiento mutuo de las condiciones de aplicación y funcionamiento operativo de toda medida correctora, las agencias pueden tener la certeza, hasta un cierto punto, de que se elaborarán disposiciones consecuentes. Al igual que el análisis de la información confidencial es de utilidad y hasta necesario de cara a tales deliberaciones, también las exclusiones y/o renunciaciones al deber de confidencialidad pueden resultar decisivas en estos casos.

25. Para propiciar la comprensión y el uso de las exclusiones y/o renunciaciones, las agencias federales estadounidenses publicaron un *Modelo de exclusión y/o renuncia al deber de confidencialidad* que debe utilizarse en asuntos civiles que involucren a organismos de defensa de la competencia no estadounidenses y una sección dedicada a Preguntas frecuentes (FAQ) sobre medidas de garantía de la confidencialidad de

<sup>17</sup> OCDE (2014): *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la Cooperación Internacional en el marco de investigaciones y procedimientos en materia de competencia*, §VII disponible en la página [http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation\\_Intel%20Cooperation\\_ES.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_Intel%20Cooperation_ES.pdf).

<sup>18</sup> Red Internacional de Competencia (RIC, 2012): *International Competition Network's Framework for Merger Review Cooperation* [«Marco de cooperación de la RIC para el control de fusiones»], disponible en la página <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc803.pdf>.

la información y las exclusiones y/o renunciaciones al deber de confidencialidad<sup>19</sup>. Por su parte, la Red Internacional de Competencia (RIC) elaboró también un Modelo de exclusión y/o renuncia al deber de confidencialidad que se recoge en su informe sobre *Exclusiones y/o renunciaciones al deber de confidencialidad en las investigaciones sobre operaciones de fusión*<sup>20</sup>.

## 2.2 Cooperación en la práctica

26. La cooperación surte una mayor eficacia cuando las agencias u órganos correspondientes han desarrollado una relación de confianza y de entendimiento mutuo acerca de sus respectivas normas y prácticas de defensa de la competencia. La forma más eficaz de alcanzar tal entendimiento radica en establecer contactos entre el personal de los organismos de defensa de la competencia implicados. Organizaciones internacionales como, por ejemplo, la RIC, la OCDE y la UNCTAD, y las agrupaciones regionales constituyen foros importantes en los que pueden instaurarse tales relaciones y entendimiento. Una vez que el personal conoce las normas de cada agencia y establece contactos con organismos de defensa de la competencia afines, le resulta más fácil participar en la cooperación en materia de fusiones.

27. Un ejemplo de iniciativa regional conjunta que ha mejorado la capacidad de las agencias de creación más reciente para examinar las fusiones es la Alianza Interamericana de Defensa de la Competencia<sup>21</sup>, creada por los organismos latinoamericanos de defensa de la competencia en colaboración con las agencias federales estadounidenses y que celebra teleseminarios mensuales en español con funcionarios procedentes de organismos de defensa de la competencia de Norteamérica, Centroamérica y Sudamérica. Cada una de las agencias participantes propone y selecciona los temas que se presentan, mientras que los programas se centran en cuestiones de aplicación práctica, muchas de ellas relativas a las fusiones. Este intercambio de experiencias ha intensificado y estrechado los contactos entre agencias.

28. Además de instaurar relaciones con las agencias de creación más reciente a través del trabajo en organizaciones internacionales, las agencias federales estadounidenses trabajan a diario de forma bilateral con organismos de reciente creación. A modo de ejemplo, nuestro personal puede trabajar conjuntamente para intercambiar prácticas relativas al control de fusiones y demás aspectos de la política y normas de defensa de la competencia. Este intercambio a menudo tiene lugar durante visitas de estudio y se sustenta en un riguroso programa de asistencia técnica<sup>22</sup> que incluye, a su vez, el Programa Internacional de Becas y

<sup>19</sup> Consúltense los enlaces al Modelo conjunto de exclusión y/o renuncia al deber de confidencialidad (*Joint Model Waiver of Confidentiality*) que ha de utilizarse en asuntos civiles que involucren a organismos de defensa de la competencia no estadounidenses, y a la sección dedicada a Preguntas frecuentes (FAQ), disponibles en la página <https://www.justice.gov/atr/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-issue-updated-model-waiver-confidentiality>.

<sup>20</sup> Red Internacional de Competencia (RIC): *Waivers of Confidentiality in Merger Investigations* [«Exclusiones y/o renunciaciones al deber de confidencialidad en las investigaciones sobre operaciones de fusión»], disponible en la página <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc330.pdf>.

<sup>21</sup> Véase la sección «¿Quiénes somos?» haciendo clic en el siguiente enlace: <http://www.crcal.org/alianza-interamericana/quienes-somos>.

<sup>22</sup> FTC y DOJ (2008): *U.S. Federal Trade Commission's and Department of Justice's Experience With Technical Assistance For The Effective Application of Competition Laws* [«Experiencia de la Comisión Federal de Comercio y del Departamento de Justicia estadounidenses con la asistencia técnica para la aplicación efectiva de las normas de defensa de la competencia»], disponible en la página <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/international-assistance-program/ftcdojtechnicalassist.pdf>.

Prácticas<sup>23</sup> de la FTC y el Programa de Visitas de Supervisores Internacionales<sup>24</sup> del DOJ. Estos programas contribuyen a potenciar el entendimiento mutuo y a entablar relaciones con órganos de supervisión homólogos y demás autoridades competentes de todo el mundo. Las relaciones instauradas y las prácticas de control de fusiones consolidadas gracias a estos contactos refuerzan y propician al mismo tiempo la cooperación para dar respuesta a problemáticas individuales.

29. Las agencias federales estadounidenses se han propuesto y desean trabajar con otros órganos homólogos, incluso mediante foros multilaterales, con el fin de poder garantizar una cooperación eficaz y asegurarse de que la comunidad internacional de defensa de la competencia desarrolla ulteriormente y perfecciona una visión práctica y no convencional de la cooperación.

## BIBLIOGRAFÍA

FTC (Enero de 2017): *The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A report of the Bureaus of Competition and Economics* [«Medidas correctoras de la FTC en materia de fusiones 2006-2012: Informe de las Comisiones de Competencia y Economía»], reciente estudio de la Comisión Federal de Comercio estadounidense (FTC) sobre la aplicación de medidas correctoras en materia de fusiones, disponible en la página [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100\\_ftc\\_merger\\_remedies\\_2006-2012.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf).

FTC y DOJ (Enero de 2017): *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* [«Directrices relativas a la aplicación de normas y cooperación internacionales en materia de defensa de la competencia»], elaboradas conjuntamente por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia estadounidenses (FTC y DOJ, respectivamente), disponibles en la página [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1049863/international\\_guidelines\\_2017.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049863/international_guidelines_2017.pdf) (se encuentra igualmente disponible un documento idéntico en la página web del DOJ).

---

<sup>23</sup> Programa Internacional de Becas (*International Fellows Program*) de la FTC, disponible en la página <https://www.ftc.gov/internationalfellows>.

<sup>24</sup> Véase el discurso de Patricia Brink, Directora del Servicio de Acción Civil, División Antimonopolio del Departamento de Justicia estadounidense (DOJ), que lleva por título *International Cooperation at the Antitrust Division: A View from the Trenches* [«Cooperación internacional en la División Antimonopolio: Perspectiva desde las trincheras»], Chicago, 2013, disponible en la página <https://www.justice.gov/atr/file/518366/download>.