

## ASEPELT– LEÓN 2004

### **DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS: UNA PERSPECTIVA BRASILEÑA**

Amparo Soler Domingo<sup>1</sup> y Tania Cristina Teixeira<sup>2</sup>

U.I. Economía y Derecho de la Competencia

Departamento de Economía Aplicada

Universitat de València

**RESUMEN:** Brasil atraviesa en el momento actual una situación económico-estratégica privilegiada en los procesos de consolidación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y MERCOSUR. En ambas negociaciones se encuentra en un lugar privilegiado y por ello la economía brasileña se halla en el punto de mira. Los datos económicos reflejan esta realidad y Brasil es, por cuarto año consecutivo, el mayor receptor de inversión extranjera directa de América Latina. La apertura al libre mercado ha conllevado una oleada de fusiones y adquisiciones (F&A) sin precedentes. Analizar la Ley 8.884/94 que regula el control de concentraciones junto con los datos que publican las autoridades de defensa de la competencia brasileñas nos aportaran los elementos necesarios para comprender lo que está aconteciendo con la política de competencia del país denominado en EE.UU. el “*sleeping giant*”.

**PALABRAS CLAVE:** legislación antimonopolio, política antimonopolio, control de concentraciones, Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).

**CLASIFICACIÓN JEL:** K21, L40, G34

---

<sup>1</sup> Abogado. Doctora en Economía por la Universitat de València. Becaria de la Secretaria de Estado, Comercio y Turismo, Colaboradora y miembro fundador de la Unidad de Investigación Economía y Derecho de la Competencia del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Valencia, Becaria de la Agencia Española de Cooperación Internacional en la Universidad Federal de Santa María (2000) y en UNISINOS (2001) Rio Grande do Sul. [Amparo.Soler-Domingo@uv.es](mailto:Amparo.Soler-Domingo@uv.es).

<sup>2</sup> Profesora de Economía la PUCMINAS- Minas Gerais. Brasil. Doctoranda en Economía Aplicada, becaria de la Universidad de Valencia e de la Agencia Española de Cooperación Internacional en la Universidad de Valencia. Taniacri@hotmail.com, Tania [C.Teixeira@uv.es](mailto:C.Teixeira@uv.es)

## 1. Introducción

Brasil es, en el actual contexto económico internacional, una potencia de América del Sur que merece ser analizada cuidadosamente; no sólo por encontrarse en una situación económico-estratégica privilegiada en los procesos de consolidación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y MERCOSUR<sup>3</sup>; además es el quinto país en extensión geográfica y población mundial y la octava economía en importancia mundial. Estos son argumentos más que suficientes para ser un mercado muy atractivo y prometedor para las inversiones presentes y futuras de las empresas norteamericanas y europeas<sup>4</sup>. Especialmente, son los sectores recientemente privatizados de las telecomunicaciones, energético y eléctrico los que ofrecen más oportunidades de inversión empresarial por parte del denominado en EE.UU. “*sleeping giant*”<sup>5</sup>.

Por otra parte, el actual proceso de liberalización de los sectores estratégicos de la economía brasileña conlleva que el área de la política económica que debe adquirir un mayor protagonismo sea la de la política de competencia, de la cual analizaremos en este trabajo la vertiente jurídica, cual tiene una dimensión represiva de regulación de conductas anticompetitivas, y otra preventiva o de control de concentraciones económicas que es el núcleo central de este artículo que debe ser la protagonista de los actuales modelos legislativos de defensa de la competencia, ya que el libre mercado sin esta potente herramienta jurídica se transforma en una dictadura que puede resultar más peligrosa que la política, la económica.

---

<sup>3</sup> En ALCA se pretende la creación de un área de libre comercio con EE.UU. y Canadá. MERCOSUR es un proceso de integración económica regional que a pesar de ser muy reciente (1995) y tener como objetivo únicamente la creación de un área de libre comercio y una unión aduanera en América del Sur, podría generar en un futuro compromisos de integración y crear instituciones semejantes a las de la Unión Europea, aunque actualmente hay objetivos prioritarios debido a la grave situación coyuntural (y estructural) de las economías y sociedades de sus Estados miembros. Se trata de dos procesos cuya compatibilidad está en discusión. Las elites empresariales parecen mostrarse más partidarias de negociar en favor del acercamiento a EE.UU. vía ALCA y los políticos apuestan, a pesar de las dificultades, por la consolidación de MERCOSUR (vid. en este sentido la entrevista a Pinheiro Guimarães, S. publicada en <http://www.global21.com.br> que constata esta delicada situación).

<sup>4</sup> *The World Investment Report 2000* constata que el flujo de inversión extranjera directa (IED) con destino a América Latina y Caribe siguió aumentando en 1999 y alcanzó un nuevo máximo de 90.000 millones de dólares, con un aumento del 23 % respecto de 1998. Brasil fue, por cuarto año consecutivo, el mayor receptor de la IED de la región, con 31.000 millones de dólares de entradas de inversiones directas, la mayor parte en servicios no exportables y en empresas de producción de manufacturas destinadas al mercado interior (p. 21).

<sup>5</sup> *Watching Brazil. American Bar Association. Section of International Law. ILEX briefing to Brazil*, Marzo 25-abril 2, 2000. < [http://www.abanet.org/intlaw/ilex/br\\_watch.html](http://www.abanet.org/intlaw/ilex/br_watch.html)>

En el presente trabajo se analiza la evolución de la política de competencia en Brasil a través del modelo legislativo de las concentraciones económicas (*atos de concentração*) contenido en la Ley 8.884/94, desarrollada por las *Merger guidelines for Brazil*. Con los datos que nos aportan los últimos informes de las respectivas autoridades de la competencia brasileñas<sup>6</sup> dejaremos constancia que la vertiente jurídica del control de concentraciones en Brasil es un fenómeno de importancia creciente.

## **2. Evolución de la política de competencia en Brasil**

La siguiente cita del anterior Consejero del CADE Matias Pereira (1995) a pesar de poder parecer agresiva, enfatiza el importante papel protagonista de la normativa y de unas instituciones que deben ser “apolíticas” en la política de competencia; *“La diferencia básica entre los países desarrollados y los países en desarrollo es que los países desarrollados poseen condiciones para mantener relaciones económicas equilibradas... en los países en desarrollo la igualdad y el equilibrio en los intercambios sólo pueden ser asegurados a través del derecho y de los organismos creados por los poderes públicos ”*<sup>7</sup>.

Es una realidad que el Derecho *Antitrust* y las instituciones de defensa de la competencia no son un privilegio de las economías capitalistas como EE. UU. sino más bien una potente herramienta al servicio de las Economías de mercado, para denunciar los abusos de los monopolios y quizás la única que puede garantizar el correcto funcionamiento del mercado, ya que el libre mercado sin ningún control se transforma en un caldo de cultivo para los monopolios de los grandes grupos empresariales.

Por este motivo la política de competencia es fundamental para el futuro del libre comercio en los países de América Latina. Esta cuestión es por ello prioritaria en las agendas gubernamentales, congresos internacionales, foros empresariales y revistas

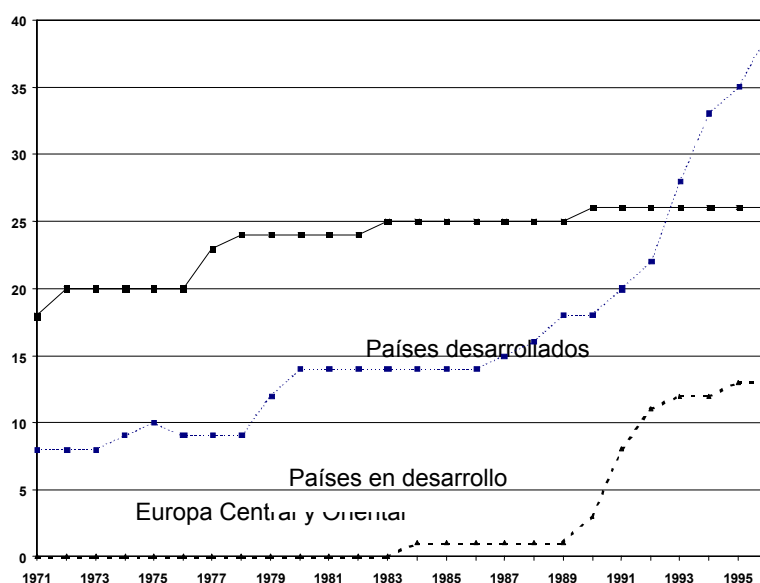
---

<sup>6</sup> Secretaría de Derecho Económico (SDE), *Relatorio 1997*. Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) *Relatorio 1998/9*. La tarea que lleva realizando el CADE por facilitar la “transparencia” del proceso competitivo demuestra el interés creciente por esta área, especialmente en el contexto brasileño en el que una de las carencias de que adolece la función pública es de la falta de transparencia y publicación de datos oficiales o de datos diferentes según el organismo que los publique.

<sup>7</sup> Matías Pereira, Consejero del CADE (1995)

científicas<sup>8</sup>. La apertura económica a la cuál se hayan sometidas las economías de América Latina conlleva la adopción de leyes de defensa de la competencia, ya que para poder desenvolverse en el libre mercado se deben establecer las reglas del juego y respetarlas por todos los participantes<sup>9</sup>. En el siguiente gráfico se refleja la diferente evolución en los países desarrollados, en desarrollo y países de Europa central y oriental en la adopción de sus leyes de defensa de la competencia.

**Gráfico 1. Evolución del número de países con normativa sobre defensa de la competencia**



Fuente: *The World Investment Report (1997)*

Los países desarrollados promulgaron sus Leyes de defensa de la competencia mayoritariamente en los años setenta. Actualmente son años de estancamiento porque ya prácticamente todos han adoptado sus modelos legislativos; únicamente los países de Europa central y oriental, que han sufrido un considerable retraso histórico, desean en los años noventa subsanarlo adoptando también el modelo del libre mercado. Pero si algo es destacable en el gráfico es el brusco crecimiento que experimentan los países en desarrollo a partir de los años noventa. Esta evolución, que es el fruto desde principios de los años noventa del afianzamiento de los regímenes democráticos y de las políticas económicas que incluyen la apertura del mercado al comercio internacional pretende

<sup>8</sup> Rivière Martí, (1998): *La importancia de la competencia en el futuro del libre comercio con los países de América Latina*. Congreso internacional sobre competencia. Panamá.

dejar atrás las décadas de intervencionismo estatal en la economía con todos los defectos del dirigismo y de las estructuras monopolísticas, ya que los países de América Latina están descubriendo el dinamismo de la economía de libre mercado. Se persigue la competitividad de las empresas, a pesar de que los grandes retos de creación de empleo y reducción de la pobreza no pueden dejar de tenerse en cuenta en este contexto. En la consolidación de la política de competencia se observan cuatro etapas:

- 1ª etapa: Que hace hincapié en el rol promotor de la competencia y de la regulación de conductas anticompetitivas.
- 2ª etapa: Control de fusiones horizontales y verticales
- 3ª etapa: Promover la cooperación con otras agencias regulatorias y agencias de competencia internacionales.
- 4ª etapa: Madurez institucional. Fomento de acuerdos internacionales y de políticas de competencia más activas.

Esta ha sido la evolución del modelo jurídico de defensa de la competencia en EE.UU. y en la Unión Europea y está siendo adoptado en América Latina y Europa Central de forma más acelerada, ya que actualmente el contexto de globalización económica internacional está imponiendo una más estrecha colaboración entre las Autoridades de competencia de los distintos países.

La consolidación de la política de competencia requiere tiempo, aprendizaje e inversión en capacitación y el desarrollo de modelos legislativos y de instituciones que serán los garantes de la defensa de la competencia<sup>10</sup>. El siguiente cuadro muestra esta evolución adaptada al caso brasileño en diferentes niveles, nacional, MERCOSUR y OMC.

---

<sup>10</sup> Gonzalo Ruiz (1999). Control de concentraciones versus regulación de conductas ¿complementos o sustitutos? *Boletín Latinoamericano de la Competencia*. p. 68.

**Cuadro 1. Etapas de implementación de política de competencia**

ETAPA	I	II	III	Madurez institucional
NACIONAL	1. Defensa de la competencia + 2. Represión de acuerdos horizontales + 3. Asistencia técnica	<b>Etapa I</b> + 4. Control de concentraciones + 5. Acuerdos verticales	<b>Etapa II</b> + 6. Regulación + 7. Acuerdos de Cooperación Internacional	<b>Etapa III</b> + 8. Acuerdos Internacionales de segunda generación + 9. Defensa de la competencia proactiva
REGIONAL	Armonización	Transformación del antidumping en política de competencia		
MULTILATERAL	Líneas generales			

Fuente: CADE (1999)

La política de competencia en MERCOSUR es bastante reciente; está contenida en la Decisión N/21/94 del Consejo del Mercado Común (CMC) Defensa de la competencia en el MERCOSUR, dónde fueron definidas las reglas comunes para la defensa de la competencia y en la Decisión N/18/96 Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR de 17 de diciembre de 1996 que no fue constituido como un instrumento de referencia, al cual deberían de haberse adecuado las legislaciones nacionales sino que adoptó el rango legal de Protocolo en virtud de los efectos que deberá provocar en los sistemas administrativos y jurídicos de los Estados partes.

El marco normativo en Brasil está contenido en las siguientes normas; Constitución de la República Federativa del Brasil, promulgada en 1988. **Artículos 170, 173 y 174. Ley N°. 8884**, de 11 de junio de 1994 (originalmente dictada en 1962, modificada parcialmente en 1990 y revisada en 1994). Transforma el Consejo Administrativo de Defensa Económica -CADE- en organismo autónomo y dispone sobre la prevención y la represión de las infracciones contra el orden económico.

Las últimas reformas han supuesto la promulgación de cinco instrumentos legales vinculados con la defensa de la competencia. La resolución de la Secretaría de Acompanhamento Económico, SEAE, (Secretaría de Seguimiento y Supervisión de la Economía) N° 39, la resolución SEAE N° 45 y la Resolución del Ministerio de

Hacienda N°305. La primera establece una guía para el análisis económico de las fusiones; la segunda establece los criterios a seguir para sancionar empresas que demoren la entrega o se nieguen a suministrar la información solicitada durante investigaciones anticompetitivas. La tercera regula las facultades de investigación de la SEAE en casos anticompetitivos y de fusiones. El cuarto instrumento legal es la ley N° 9.781/99 que establece los procedimientos de tributación para los procesos de competencia en el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y la última disposición es la que está prevista en la Medida Provisoria núm. 2.055 de 11 de agosto de 2000, que prevee la creación de una nueva Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC).

La tradición legislativa antimonopolística del resto de los países de MERCOSUR es prácticamente inexistente, tal como refleja el siguiente cuadro. En el que hemos incluido las *Antitrust Law* y el control de concentraciones de EE.UU (que posee una mayor tradición antitrust) y de la Unión Europea que con sólo diez años de experiencia en control previo de concentraciones está destacando por su eficacia en esta vertiente preventiva de la política de competencia. La experiencia del control de concentraciones en la Unión Europea, o la de EE.UU. así como la del caso brasileño deben servir de modelos legislativos para el control de concentraciones empresariales en MERCOSUR, ALCA y a aquellos que aún no han desarrollado sus modelos legislativos.

**Cuadro 2. Leyes antitrust y control de concentraciones en MERCOSUR, EE.UU y la Unión Europea**

	Legislación antitrust	Año	Revisión	Control de concentraciones	Año	Revisión	Notificación
Argentina	Sí	1980	1999	Sí	1999		Previa
Bolivia	Sí			No			
Brasil	Sí	1962	1994	Sí	1994	1998	Posterior
Chile	Sí	1973	1980	No			
Paraguay	No						
Uruguay	No						
EE.UU	Sí	1890	1976	Sí	1890	1976	Previa
Unión Europea	Sí	1958	1989	Sí	1989		Posterior

Fuente: Elaboración propia

Las autoridades de la competencia latinoamericanas, aún sin disponer de una larga experiencia doctrinal y jurisprudencial tienen que enfrentarse con la necesidad de un desarrollo legislativo propio y con problemas de competencia semejantes a los planteados en Europa o EE.UU. Esta situación se hace más evidente en el contexto de MERCOSUR en que el único país que cuenta con una experiencia reciente en el control de concentraciones es Brasil. Argentina lleva tan sólo un año que es poco tiempo para cualquier tipo de análisis. Paraguay, Uruguay y los otros dos países candidatos a miembros de MERCOSUR, Chile y Bolivia, tienen que legislar en este sentido<sup>11</sup>.

Por otra parte la política de competencia que afecta a Brasil está desarrollada en los siguientes convenios multi o bilaterales; acuerdo marco interregional de cooperación MERCOSUR/UE de 15 de diciembre de 1995 (DOCE 96 L 69) que en una segunda fase prevé la posibilidad de crear un área de libre comercio, refleja la idea de que apoyar el proceso de integración de MERCOSUR es de gran importancia<sup>12</sup> y resalta el interés por la defensa de la competencia<sup>13</sup>; acuerdo marco de cooperación específico con Brasil de 29 de junio de 1995 (DOCE 96 L 262 p.53); acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de Brasil sobre la cooperación de sus órganos de competencia en la aplicación de sus leyes reguladoras de la competencia.

El cuadro siguiente sintetiza la evolución de la política de competencia en Brasil a través de la implementación de las diferentes Leyes que regulan esta materia. En el periodo 1937-1988 existía una protección de la economía nacional que tras un periodo de transición (1989-1994) desde 1994 se adopta una política de defensa de la competencia activa, coincidiendo con la implementación de la Ley 8884/94 que

---

<sup>11</sup> Los países de América Latina que tienen mayor experiencia en este ámbito son Venezuela y Colombia. La regulación colombiana es de 1995. La Ley 155/59 de 1995 fue revisada recientemente y se adoptó un modelo legislativo de control de concentraciones con notificación previa cuando los activos de las empresas individualmente considerados o en su conjunto asciendan a 20.000.000 de pesos. La regulación venezolana es de 1992, Reglamento N° 2, que adopta también un modelo de notificación previa de concentraciones.

<sup>12</sup> Rivière Martí, (1997): La política de competencia en América Latina: Una nueva área de interés para la Unión Europea. *EC Competition Policy Newsletter*, vol 3, n° 1, primavera 1997.

<sup>13</sup> Art. 5: En particular, esta cooperación abarcará principalmente los siguientes ámbitos: a) el acceso al mercado, la liberalización comercial (barreras arancelarias y barreras no arancelarias) y disciplinas comerciales, tales como prácticas restrictivas de la competencia, normas de origen, salvaguardas, regímenes aduaneros especiales, entre otras...



establece el control de estructuras- control de concentraciones- y la autarquía o independencia del CADE. La evolución de la implementación de las normas de defensa de la competencia se sintetiza en el cuadro 3.

**Cuadro 3. Normativa brasileña de defensa de la competencia desde 1962**

Norma Características	# 4137 (1962)	# 8158 (1991)	# 8884 (1994)
<b>Autoridad</b>	CADE	SNDE CADE	CADE SDE SEAE
<b>Ámbito</b>	Conducta	Conducta	Conducta Estructura
<b>Grado de autonomía</b>	—	—	El CADE es una agencia independiente y sus miembros tienen un mandato por dos años

Fuente: CADE (1999)

### 3. El modelo legislativo del control de las concentraciones económicas en Brasil: La Ley 8884/94.

“ La defensa de la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para conseguir una economía eficiente. En una economía eficiente los consumidores disponen de mayor variedad de productos por los menores precios posibles. En tal contexto los individuos disfrutan de un nivel máximo de bienestar económico. El objetivo de la defensa de la competencia es promover un nivel máximo de bienestar económico para la economía brasileña”<sup>14</sup>.

La legislación brasileña (Ley 8.884/94) prevé en su Capítulo I – *Do controle de atos e contratos* – Art. 54: “El control de todos los actos y contratos de cualquier forma manifestados, que puedan limitar o perjudicar de cualquier forma la libre competencia, o dar lugar a la dominación de mercados relevantes de bienes o servicios”.

<sup>14</sup> *Merger Guidelines for Brazil*, p. 3.

En el Art.54.3º se establecen los umbrales que determinan la presunción de la existencia de una posición de dominio: “Dentro de estos actos están incluidos los que se encaminen a cualquier forma de concentración económica<sup>15</sup>, sea a través de fusión ( *fusão*) o incorporación de empresas, constitución de sociedades para ejercer el control de empresas o cualquier forma de agrupación societaria que implique una participación de la empresa o grupo de empresas resultante en un 20% o más del mercado relevante, o en que cualquiera de los participantes tenga registrada una facturación anual en el último balance equivalente a R\$ 400. 000.000”<sup>16</sup>

La notificación de las concentraciones puede ser previa o posterior, estableciéndose, en el segundo caso, el plazo de 15 días hábiles desde la realización del negocio bajo multa. Los órganos de aplicación de la Ley 8.884/94 son los siguientes:

**El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE):** órgano colegiado dotado de la función de juzgar y jurisdicción en todo el territorio nacional, creado por la Ley n° 4.137 del 10 de septiembre del 10 de septiembre de 1962, y que se transformó en organismo autónomo vinculado al Ministerio de Justicia. Es la Autoridad que aprueba (con condiciones o sin ellas) o deniega las operaciones de concentración en un plazo de 60 días.

**La Secretaría de Derecho Económico (SDE):** órgano de preparación, instrucción y fiscalización integrante de la estructura del Ministerio de Justicia, creado por la Ley n° 8.158 del 08 de enero de 1991, y la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE) del Ministerio de Hacienda. En lo que atañe a las atribuciones de los órganos integrantes del sistema de defensa de la competencia, se dispone que los procesos administrativos se inicien en la SDE/MJ; durante su instrucción procesal cuentan con el concurso técnico de SEAE/MH y sólo adquieren validez definitiva una vez que el CADE confirma las conclusiones de la SDE/MJ

---

<sup>15</sup> La forma que adoptan principalmente las concentraciones económicas en Brasil es la adquisición; según los datos del Relatorio 97/98 del CADE esta forma fue utilizada en el 82 % de los casos analizados. La siguiente forma más utilizada fue la *joint-venture*- un 14 % de los casos. Un 3 % de las operaciones adoptó la forma de contrato de arrendamiento y un 1 % la forma de fusión (p. 80).

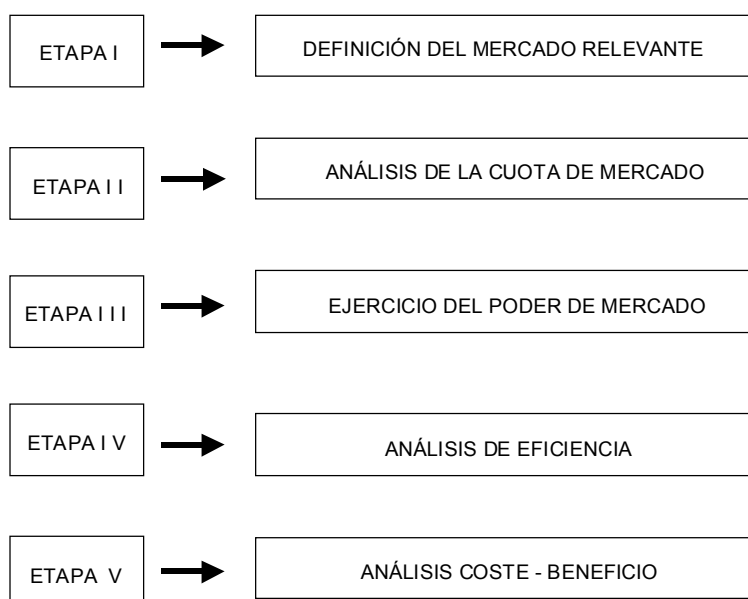
<sup>16</sup> En 1999 el 52 % de las notificaciones cumplían el umbral de los R\$ 400 millones, el 12 % de los casos el umbral del 20 % de la cuota de mercado y el 36 % de los casos ambos [Clark (2000) p. 16].

El CADE, por tanto es la autoridad de defensa de la competencia brasileña que resolverá y por tanto la que ejerce el control y puede autorizar la operación de concentración si considera:

- a) Justificada la mejora de la eficiencia económica invocada por las partes. Esta quedará justificada cuando la concentración tenga por objetivo:
  - aumentar la productividad
  - mejorar la calidad de bienes y servicios
  - propiciar la eficiencia, el desarrollo tecnológico y económico
- b) Los beneficios de la operación se distribuyan equitativamente entre los consumidores y usuarios finales.
- c) No se elimine una parte sustancial del mercado relevante
- d) Se observen los límites estrictamente necesarios para el logro de los objetivos que se persiguen con la operación.

Es necesario que se cumplan las cuatro condiciones o al menos tres de ellas. La aprobación podrá revisarse en el caso de que la decisión esté basada en informaciones falsas o engañosas, se produzca el incumplimiento de las obligaciones asumidas o no se alcancen los beneficios previstos.

Para saber cuál es el efecto de una operación de concentración sobre el bienestar económico es necesario un análisis específico de los efectos del acto. Es necesaria la aplicación de la *rule of reason* en la evaluación de la legalidad de cada acto. El procedimiento para el análisis de los casos de concentración consta de las cinco siguientes etapas:



## ETAPA I. Definición del mercado relevante

Para identificar el conjunto de agentes económicos (consumidores y productores) que efectivamente limitan la toma de decisiones referentes a precios y cantidades de la empresa concentrada la publicación *Merger Guidelines for Brazil* adopta el test del monopolista hipotético, instrumental analítico que sirve para identificar el grado de sustituibilidad entre bienes y servicios.

El mercado relevante se define por tanto en sus dos dimensiones:

- Mercado de productos: la caracterización de productos depende de los productos sustitutivos, es decir del uso/utilización por los clientes y consumidores.
- Mercado geográfico: depende de los ofertantes que se toman en consideración para fijar el precio; también se tienen en cuenta los ofertantes potenciales. Se definen mercados de ámbito regional, nacional y mundial<sup>17</sup>.

A continuación, se aplica el test del monopolista hipotético, según el cual el mercado relevante estaría definido como el menor grupo de productos y la menor área geográfica necesarios para que un supuesto monopolista esté en condiciones de imponer un “pequeño pero significativo y no transitorio” aumento de precios (que oscilará entre el 5 y el 15 por ciento) por un periodo no inferior a un año. El efecto de este test depende de la capacidad de reacción de los consumidores y ésta, a su vez, de que dichos consumidores estén dispuestos a desviar su demanda hacia productos sustitutivos o idénticos de otra área geográfica.

Los factores que se toman en consideración son los siguientes

- a) Características físicas de los productos
- b) Propiedades comerciales de los productos
- c) Evolución de los precios relativos y cantidades vendidas

---

<sup>17</sup> Según los datos del Relatorio 97/98 del CADE. P. 81 y Clark (2000) p. 16. En el 65 % de los casos en 1999 el mercado geográfico relevante analizado fue de ámbito nacional (84 % en 1998), en el 21 % de ámbito regional (6 % en 1998) y en el 6 % de los casos de ámbito internacional (6 % en 1998).

- d) Tiempo y costes que son tenidos en cuenta para decidir consumir productos sustitutivos.
- e) Tiempo y costes que se tienen en cuenta para decidir consumir productos idénticos de otras áreas.
- f) Evidencia de que los consumidores desviarán su demanda o tendrán en cuenta la posibilidad de desviarla en función de los cambios en los precios relativos u otras variables de competencia (comportamiento pasado de los consumidores).

## **ETAPA II. Determinación de la cuota de mercado**

Los criterios para identificar si la concentración permite el control de una cuota de mercado suficientemente alta para hacer posible el ejercicio del poder de mercado de forma unilateral o coordinada son:

- Unilateralmente: Si resulta una cuota igual o superior al 20 por ciento del mercado relevante.
- De forma coordinada: Si la concentración hace que la suma de la cuota de mercado de las cuatro mayores empresas sea igual o superior al 75 por ciento siendo la participación de la empresa concentrada igual o superior al 10 por ciento del mercado relevante.

Se consideran empresas participantes en el mercado a los productores actuales y se analizan datos anuales, a menos que existan evidencias de que este periodo de tiempo es poco representativo del funcionamiento del mercado.

Los datos pueden referirse a la capacidad productiva -en el caso de productos homogéneos- al volumen de ventas o al valor de ventas -en el caso de productos diferenciados, que reflejan mejor la fidelidad de los consumidores a la marca de una empresa- y el acceso de la empresa a la red de distribuidores.

Hay tres casos que están exceptuados de forma que, aun no alcanzándose los umbrales mencionados, se podría seguir el proceso de análisis. Son los siguientes:

- a) Los casos de concentraciones verticales, si a pesar de no alcanzar los umbrales constituyen una barrera significativa para la entrada de nuevas empresas o facilitan la coordinación de decisiones.

- b) Los casos de agrupación entre competidores que permitan a la empresa adquirente el acceso a los órganos de administración de una o más empresas rivales e influir en las respectivas políticas empresariales.
- c) Los casos de agrupación entre empresas en diferentes posiciones de la cadena productiva que permitan a la empresa adquirente el acceso a los órganos de administración de la empresa adquirida y la determinación de su política empresarial.

### **ETAPA III. Condiciones para el ejercicio del poder de mercado**

Los factores que inhiben el ejercicio del poder de mercado son las importaciones, la entrada “fácil” y “suficiente”, la oportunidad de ventas, la escala mínima eficiente y las barreras de entrada.

1. Las importaciones actuales y la posibilidad de importar son factores que inhiben el ejercicio del poder de mercado en:
  - Mercados de productos homogéneos, en los que las empresas se diferencian por sus costes y/o capacidad productiva.
  - Mercados de productos diferenciados, en los que las empresas se diferencian por sus productos o marcas.

Se considerará, por tanto, el precio al que la oferta de importaciones se vuelve elástica. Si este precio es significativamente mayor que el precio del mercado competitivo dará lugar a que la empresa concentrada ejerza su poder de mercado hasta el punto en que su precio sea equivalente al precio de importación, aunque la posibilidad de importar sea sustitutiva. A tal fin, se toma en consideración el plazo de un año y la existencia de importaciones equivalentes a por lo menos el 30 % del valor del consumo aparente como indicios “suficientes”. La posibilidad de importar tiene en cuenta los siguientes factores:

- a) Informaciones de que los productos importados hayan influido efectivamente en el precio de los productos domésticos.
- b) El grado de estabilidad del tipo de cambio
- c) Los aranceles a las importaciones actuales y futuras
- d) Los costes de internalización de las importaciones
- e) La existencia de barreras no arancelarias

- f) La naturaleza de los productos (acabados o no)
- g) Las preferencias de los consumidores
- h) La elasticidad de la oferta de las importaciones. Para investigarla se buscarán informaciones sobre barreras de entrada a las importaciones (costes de distribución), el grado de coordinación de decisiones entre productores y importadores, la existencia de contratos de exclusividad y la capacidad de los importadores para conseguir incrementos de las importaciones sin necesidad de invertir en nuevos activos físicos.

2. La posibilidad de entrada de nuevos competidores en el mercado es otro factor que inhibe el ejercicio del poder de mercado. La probabilidad de ejercitar el poder de mercado se considerará “prácticamente nula” cuando la entrada es “fácil” y “suficiente”. Para analizar las condiciones de entrada se tendrá en cuenta la actitud que debería adoptar una empresa hipotética que quiera acceder al mercado (los ejemplos de empresas entrantes en el mercado durante los últimos cinco años pueden utilizarse como evidencias de las condiciones de entrada). Los conceptos que se analizan son:

*La facilidad de entrada:* no es fácil cuando como resultado del control de empresas instaladas, los factores de producción no estuviesen adecuadamente disponibles para que los entrantes agoten todas las posibilidades de venta o para que puedan hacerlo dentro de un plazo razonable.

*La entrada suficiente:* permite que todas las oportunidades de venta sean explotadas adecuadamente por los entrantes potenciales.

*El plazo razonable:* es de dos años. Incluye todas las etapas necesarias para la entrada en el mercado.

*La entrada probable:* cuando el tamaño mínimo eficiente es inferior a las oportunidades de venta en el mercado a los precios anteriores a la concentración.

3. Oportunidad de ventas. Son las cuotas de mercado potencialmente disponibles para los entrantes. Incluirían:
- a. La restricción de la producción derivada del ejercicio del poder de mercado por las empresas establecidas.
  - b. La reducción de la oferta de las empresas instaladas como reacción a la entrada
  - c. La capacidad de la empresa entrante de apropiarse de parte del mercado de las empresas instaladas y

- d. La capacidad del entrante de capturar una parte significativa del crecimiento del mercado.
4. Escala mínima eficiente (EMV). Se define como el menor nivel de ventas anuales, medido a los precios anteriores a la concentración, que el entrante potencial debe conseguir para alcanzar una remuneración adecuada por su inversión (equivalente a la rentabilidad que el volumen de recursos invertidos en la entrada podría obtener en una aplicación correspondiente en el mercado financiero, de acuerdo con el riesgo del sector).
  5. Barreras a la entrada. Las barreras a la entrada se definen como cualquier factor que sitúe a un competidor potencial en desventaja respecto de las empresas establecidas. Cuanto más elevadas sean, mayor será la EMV necesaria para hacer viable la entrada en este mercado. Los factores que constituyen barreras de entrada importantes y que se analizan, son:
    - a. Los costes irre recuperables (*sunk costs*)
    - b. Las barreras legales
    - c. Los recursos propiedad de las empresas ya instaladas
    - d. Las economías de escala y/o alcance
    - e. El grado de integración de la cadena productiva
    - f. La fidelidad de los consumidores a las marcas establecidas y
    - g. La amenaza de reacción de los competidores instalados, en la medida en que sean capaces de bajar sus precios a niveles inferiores a los vigentes antes de la concentración y mantenerlos a esos niveles durante, por lo menos, un año.<sup>18</sup>

La efectividad de la competencia entre la empresa concentrada y sus rivales puede convertir en poco probable el ejercicio del poder de mercado aunque las importaciones no sean significativas y la entrada no sea “fácil” ni “suficiente”. Este podría ser el caso cuando las empresas establecidas adoptan conductas agresivas para aumentar su participación en el mercado.

---

<sup>18</sup> Según los datos del Relatorio CADE 98/99 la mayoría de las operaciones analizadas se verificó en mercados sin barreras de entrada, 69 de los 144 casos analizados en 1998. La barrera de entrada que más frecuentemente aparecía era la relacionada con marcas en 11 casos, la constatación de etapas integradas en 10 casos, escala tecnológica en 9, costes de implantación en 9, costes de



Asimismo existen otras condiciones para el ejercicio coordinado del poder de mercado. Las condiciones para la coordinación de las decisiones entre agentes participantes serán mayores cuando:

- a) existen pocas empresas en el mercado; cuando los productos y/o las empresas son homogéneas;
- b) las informaciones relevantes sobre los competidores están disponibles;
- c) existen conductas empresariales que, aunque fueran necesariamente ilegales, restringen la rivalidad de las empresas.

#### **ETAPA IV. Beneficios económicos (Eficiencias)**

El hecho de que la probabilidad del ejercicio de poder de mercado no sea “prácticamente nula” no implica que la concentración reduzca el bienestar de la economía brasileña. Para evaluar el efecto neto de la concentración sobre la economía brasileña es necesario comparar los costes económicos con los potenciales beneficios derivados de la concentración.

Solamente se considerarán como beneficios atribuibles a la concentración aquellos cuya magnitud y probabilidad de ocurrir puedan verificarse por medios razonables. No se tomarán en consideración los beneficios resultado de un aumento de la cuota de mercado.

Las eficiencias específicas de una concentración económica pueden revestir la forma de:

- a) Economías de escala o reducciones en los costes medios derivados del aumento de la cantidad producida porque la productividad del trabajo/capital aumente.
- b) Economías de alcance. Las reducciones en los costes medios derivados de la producción conjunta de bienes distintos puede ser fruto de: recursos comunes para los distintos bienes o del mejor aprovechamiento de los recursos de distribución y comercialización.
- c) La reducción de costes de transacción, derivados de la eliminación de gastos, asociados a transacciones con los proveedores o distribuidores, que no recogen en los precios. Los costes de transacción tienden a ser mayores en mercados en los que los costes de redactar y aplicar un contrato son elevados y cuando el coste de buscar

---

internacionalización en 8, escala de producción en 5, canales de comercialización en 2, patentes en 2 y barreras institucionales en un solo caso.

factores es elevado, ya que las características del producto responden a exigencias técnicas precisas.

- d) La introducción de una tecnología más productiva, que puede asumir diferentes formas. Por ejemplo, posibilitar el lanzamiento de un nuevo producto.
- e) La apropiación de externalidades positivas; apropiación de *spill-overs* tecnológicos, racionalización de la oferta en sectores caracterizados por problemas de exceso de capacidad instalada o disponibilidad de más y mejor información para los consumidores (también la eliminación de externalidades negativas).
- f) La creación de un poder de mercado compensatorio. Si, por ejemplo, los precios de los factores, antes de la concentración, estuviesen distorsionados y con la concentración descienden hasta sus niveles competitivos.

Según el Relatorio 97/98 del CADE la eficiencia más alegada en los casos de concentración analizados en 1998 fue la inversión tecnológica, en 40 casos. A continuación, las eficiencias productivas en 24 casos, mejora de la calidad del producto y diversificación de la producción en 12 casos y aumento de la producción en 6 casos. Se destaca que en 50 de los casos analizados no había ninguna referencia a las eficiencias compensatorias<sup>19</sup>

#### **4. La experiencia del control de concentraciones en Brasil**

*“ Cuando un Trust se convierte en monopolio el Estado adquiere un derecho inmediato para intervenir ”*

*Theodore Roosevelt, Speech to New York Legislature, Jan 3, 1900*

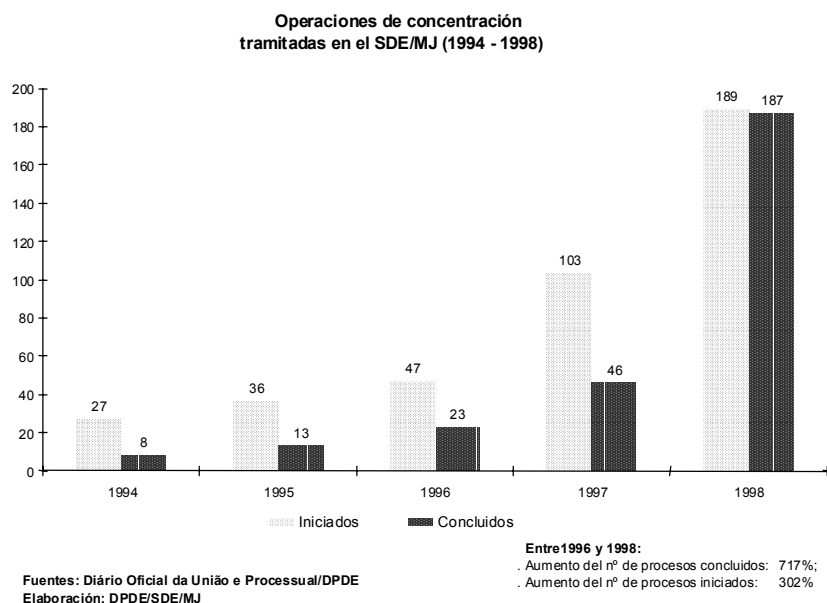
Las concentraciones de empresas son un fenómeno creciente en Brasil . Según el primer Relatorio hecho público este año<sup>20</sup> de la SDE, el crecimiento en el volumen de las fusiones y adquisiciones analizados por esta autoridad de defensa de la competencia ha experimentado un aumento del 700 % en el periodo 1996-1998.

---

<sup>19</sup> Relatorio CADE 1998/9. p. 83.

<sup>20</sup> Anteriormente los Relatorios tenían una circulación restringida al Ministerio de Justicia y la publicación del documento pretende dar mayor transparencia al procedimiento administrativo y proporcionar al gran público una visión del trabajo que se está realizando favor de la defensa de la competencia.

## Gráfico 2. Operaciones de concentración tramitadas por la SDE



Estos datos contrastan con los contenidos en el Relatorio 1998/9 del CADE también refleja el crecimiento del fenómeno en Brasil y muestra que las operaciones de concentración económica analizadas (144 casos analizados) experimentan un crecimiento de un 213 % en el periodo 1997-1998, que es el mayor constatado en los seis años de vigencia de la Ley 8.884/94. Las previsiones de crecimiento para el año 1999 eran de un 44 % (210 casos analizados).<sup>21</sup>

El aumento de las fusiones y adquisiciones se ha visto compensado por un mayor control de las concentraciones empresariales. Del análisis de los datos de este control observamos que desde la entrada en vigor de la Ley 8.884, en 1994 la mayor parte de las operaciones sometidas al control del CADE han sido autorizadas. En el periodo comprendido entre marzo de 1994 y diciembre de 1997 el CADE ha analizado un total de 99 casos; en 1998 se analizaron 144; en 1999 unos 226 y en 2000 el número de casos podría ser del doble<sup>22</sup>. Las operaciones de concentración económica brasileñas fueron

<sup>21</sup> Relatorio 1998/9 del CADE. p. 75.

<sup>22</sup> En la Unión Europea el número de casos analizados por la Comisión en 1998 fue de 238 y en 1999 de 270, las previsiones en Brasil para el 2000 superarían el número de casos analizados por la Comisión, la cifra es realmente significativa y actualmente, el número de casos que se están

aprobadas íntegramente en un 95 % de los casos en 1998. Del 5 % restante todas fueron también aprobadas parcialmente o con compromisos. Ninguna operación fue prohibida.

En los últimos años hemos sido testigos de casos de fusiones destacables en las que se ponen de manifiesto resoluciones contradictorias por parte de las autoridades de competencia brasileñas: SDE y CADE. Por citar un ejemplo, en el caso Brahma/Antártica (2000): esta operación ha supuesto la consolidación de la primera multinacional brasileña AmBev, con un dominio de más del 70 % del mercado brasileño de cerveza. Con esta estrategia empresarial la empresa Antártica se fusionó con sus competidoras Brahma y Skol. En este caso la SDE recomendó la venta de una de sus marcas Brahma, Antartica o Skol, pero el CADE aprobó la fusión con la venta de Bavaria, que es una marca menor. Con esta operación se consolidó la multinacional *Latin American Beverage Company* (AmBev) que ocupa actualmente el cuarto lugar en el ranking mundial de empresas productoras de cerveza<sup>23</sup>

El caso Kolynos/Colgate (1996): es también de especial interés por ser una fusión polémica, ya que a pesar de consolidar una cuota de mercado de 75 % fue aprobada con la condición de que la marca Kolynos fuese retirada durante cuatro años, ya que se consideró que representaba una barrera de acceso a este mercado (en el mercado de cremas dentales hay una firme lealtad del consumidor por la marca). Son los casos de aprobación condicionada y especialmente los de prohibición los que nos aportan los argumentos jurídicos más relevantes a la hora del análisis de los casos por parte de las Autoridades de competencia. En el contexto de la Unión Europea son 18 los casos prohibidos al día 21 de abril de 2002.<sup>24</sup> Destacan los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y químico. Estos casos constatan el endurecimiento del control de concentraciones empresariales en la Unión Europea.

---

analizando anualmente por el CADE son como podemos observar casi equivalentes a los analizados por la Comisión Europea. Este dato constata la importancia del fenómeno de las concentraciones en Brasil. [Clark (2000) p. 16 e Informe política de competencia (1999). Comisión].

<sup>23</sup> <http://www.beer.tradewolds.com>

<sup>24</sup> A. Soler (1999) : “Análisis de las operaciones de concentración empresarial prohibidas en la Unión Europea”. En este trabajo se analizan los casos prohibidos en la Unión Europea, estudiando los fundamentos jurídicos relevantes para la creación o refuerzo de una posición dominante en el mercado común.

Para concluir, aportamos las críticas del modelo legislativo del control de concentraciones económicas más destacables. En primer lugar, la descoordinación en la actuación de las tres Autoridades de defensa de la competencia brasileñas; las dos gubernamentales –SDE/SEAE- y la autónoma –CADE. Se critica la pérdida de tiempo y eficacia debido a su descoordinación, por ejemplo, la existencia de diferentes formularios de notificación. En segundo lugar, la inoperancia del control previo de las operaciones de concentración, ya que las empresas participantes no tienen incentivo para finalizar el análisis rápidamente, debido a que ya han consumado la operación de concentración. Asimismo, deshacer una concentración ya consumada es extremadamente dificultoso, quizás este sea uno de los principales motivos por los que no hay prácticamente operaciones de concentración prohibidas en Brasil.

Conviene resaltar que una parte importante de las operaciones de concentración en Brasil están siendo impulsadas por el capital extranjero, que está siguiendo una tendencia creciente. Mientras que en 1993 se registraron 68 operaciones transfronterizas frente a 82 operaciones domésticas, en 1998 la proporción se había invertido: las operaciones de concentración transfronterizas ascendieron a 221, mientras que las que implicaban exclusivamente a empresas nacionales fueron 130<sup>25</sup>.

Es previsible, también que tal y como apunta Gerner Oliveira (1999)<sup>26</sup> debido a las crisis más recientes en los tipos de cambio brasileños, que han conducido a un cambio del régimen cambiario, el grado de protección tenderá a ser más alto y con ello los mercados estarán en general menos sujetos a la competencia de las importaciones que en el pasado.

Por otra parte, las privatizaciones de empresas por parte del Gobierno Federal representan un nuevo desafío para las Autoridades de defensa de la competencia brasileñas.

## 5. Conclusiones

---

<sup>25</sup> Las fusiones y adquisiciones transnacionales en Mercosur. Instituto de Pesquisa de Economía Aplicada (2000) p. 24

<sup>26</sup> Gerner Oliveira (1999): La política antimonopolista de Brasil: tendencias recientes y desafíos futuros. Publicación Electrónica de USIS, Vol 4, Num. 1, Febrero 1999, p.5

“La fiebre de las fusiones” es un fenómeno actual que se inicia en los noventa y el presente trabajo deja constancia de que no solamente afecta a las economías desarrolladas, sino también a aquellas que, como la brasileña, están sometidas a procesos económicos de apertura económica e integración. Esta oleada conlleva preocupaciones en lo que respecta a empleo, propiedad y estructura de mercado, que adquieren urgencia cuando se trata de un país en desarrollo.

Las fusiones y adquisiciones forman parte de la vida económica en un mundo en vías de liberalización y mundialización y es por ello que un mercado libre requiere una vigilancia más firme del Gobierno. La vertiente jurídica del control de concentraciones económicas es el área que debe adquirir un mayor protagonismo.

En esta vertiente preventiva de la política de competencia, el CADE es un ejemplo a seguir en el contexto de MERCOSUR, en parte por la influencia de EE.UU que es el país que posee mayor tradición en control de concentraciones (casi 100 años sirviendo de modelo legislativo y jurisprudencial a multitud de países) que se hace patente en las *Merger Guidelines for Brazil*, lo que ha conllevado que en los pocos años de funcionamiento la trayectoria del CADE sea intachable y las iniciativas a favor de la defensa de la competencia sean múltiples.<sup>27</sup>

Asimismo las autoridades de defensa de la competencia brasileñas son conscientes de que el nuevo mercado mundial exige, tal y como se ha indicado por la UNCTAD, aplicar una política de la competencia con una perspectiva mundial y de esta nueva línea de actuación han surgido convenios bilaterales referentes a aspectos comunes de la política de competencia. Sirvan de ejemplo los firmados con EE.UU y la Unión Europea.

Para concluir tan sólo resaltar la importancia de fomentar la cultura de la competencia, especialmente en países en los que como Brasil, se carece de tradición legislativa y jurisprudencial y confiar que el transcurso del tiempo vaya perfeccionando las carencias del modelo legislativo.

---

<sup>27</sup> La Unión Europea con diez años de experiencia en control de concentraciones desde el Reglamento Num. 4064/89 del Consejo aún no ha publicado el equivalente a las *Merger Guidelines* con lo que se dificulta la tarea de los especialistas dedicados al control de concentraciones.

## Referencias bibliográficas

- American Bar Association (marzo25-abril 2, 2000): ILEX briefing to Brazil. *Watching Brazil* < [http://www.abanet.org/intlaw/ilex/br\\_watch.html](http://www.abanet.org/intlaw/ilex/br_watch.html) >
- Clark, John W. (2000): *Competition policy and regulatory reform in Brazil; a progress report*. OECD.
- Consejo Administrativo de Defensa Económica (2000): *Rélatorio 1998/9 do CADE*
- Gonzalo Ruiz, D. (1999): Control de concentraciones versus regulación de conductas ¿complementos o sustitutos?. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, núm. 5.
- Gerner Oliveira (1999): La política antimonopolista de Brasil: tendencias recientes y desafíos futuros. Publicación Electrónica de USIS, Vol 4, Num. 1, Febrero 1999
- Instituto de Pesquisa de Economía Aplicada (2000): *Las fusiones y adquisiciones transnacionales en Mercosur*. (Brasil).
- Rivière Martí, J. A. (1998): *La importancia de la competencia en el futuro del libre comercio con los países de América Latina*. Congreso internacional sobre competencia. Panamá.
- Rivière Martí, J. A. (1997): La política de competencia en América Latina; una nueva área de interés para la Unión Europea. *EC Competition policy Newsletter*, vol. 3. núm. 1.
- Secretaria de Acompañamiento Económico. SEAE. (1999): *Merger Guidelines for Brazil*.
- Soler Domingo, A. (1999): Análisis de las operaciones de concentración empresarial prohibidas en la Unión Europea. Trabajo de investigación de Tercer Ciclo. Departamento de Economía Aplicada. Valencia. Mimeo.
- Secretaria de Derecho Económico (1999): *Rélatorio 1997 da SDE*
- UNCTAD (2000): *The World Investment Report. 2000*
- UNCTAD (1997): *The World Investment Report.1997*

