
Propuesta de modificación a las directrices de fusiones (**Merger Guidelines**) en los Estados Unidos



- ▶ El 19 de Julio de 2023, la FTC y el DOJ publicaron para comentarios la propuesta de modificación de las directrices para el análisis de concentraciones.
- ▶ Si bien no son vinculantes, proveen información sobre cómo las autoridades de competencia (el FTC y el DOJ) de los Estados Unidos analizan las transacciones y los tribunales frecuentemente se apoyan en ellas en sus deliberaciones.
- ▶ Estas nuevas directrices incrementarían sustancialmente el número y tipos de transacciones que estarían sujetos a oposición por cuestiones de competencia. Además, reducen el peso de las eficiencias como argumentos de defensa y el análisis estructural cobra mayor relevancia.
- ▶ Los cambios propuestos reflejan el giro reciente en la posición de las autoridades de competencia.
- ▶ La opinión imperante es que el enfoque actual de la revisión de operaciones de concentración ha sido demasiado permisivo y no permite identificar y prevenir aquellas transacciones que afectan a los consumidores (y a los trabajadores).



- ▶ El documento **propuesto incluye 13 directrices**, las cuales abordan distintos supuestos que dan lugar a presunciones, las cuales deben combatir las empresas parte en la transacción.
- ▶ De estas 13 directrices, algunas de las modificaciones más importantes propuestas incluyen:
 - ▶ Una mayor relevancia al **análisis estructural**, en detrimento del análisis económicos, como puede ser el análisis de eficiencias.
 - ▶ Una **disminución de los umbrales de participación** de mercado para la aplicación de presunción estructural de que una operación es anticompetitiva.
 - ▶ En el caso de transacciones que forman parte de una **estrategia de múltiples adquisiciones** en una misma industria, las autoridades de competencia deben ahora analizar el **efecto acumulado** de las mismas.



- ▶ Se incluyen criterios especiales para analizar los efectos de una transacción en los mercados laborales. Aún si es improbable que una transacción no afecte a los consumidores, las autoridades de competencia podrían impugnarla si la misma reduce la competencia por trabajadores.
- ▶ En **adquisiciones minoritarias**, las autoridades de competencia deben analizar cómo dicha adquisición puede dar al propietario parcial la **capacidad de influir en la conducta competitiva de la empresa**, si la misma puede disminuir los incentivos de la empresa para competir, así como si le dará acceso a información no pública y sensible desde el punto de vista de la competencia.
- ▶ Un **mayor escrutinio** de operaciones que podrían eliminar a un **competidor potencial**.



- ▶ El anuncio y publicación de esta propuesta de directrices ha resultado en algunas reacciones:
 - ▶ Algunas firmas de abogados señalan que las nuevas **presunciones estructurales** podrían tener un **efecto paralizador** en muchas industrias, en particular en la industria de la salud (Holland & Knight).
 - ▶ Las nuevas directrices, al **priorizar el papel de la estructura del mercado**, podrían suponer un **retroceso** en el papel que desempeña la economía en el análisis de fusiones.
 - ▶ El proyecto está **alejado de la práctica y jurisprudencia** en materia de competencia y cita “selectivamente” precedentes anteriores a 1980, que apoyan la visión actual del FTC y el DOJ. Por lo anterior, los **tribunales podrían no otorgarle un peso relevante** en sus decisiones (Cleary Gottlieb).



- ▶ Carl Shapiro señala también que el proyecto haría la implementación de la política de competencia menos clara y coherente:
 - ▶ **Abandona el objetivo de protección a los consumidores**, en favor de preservar estructuras de mercado.
 - ▶ Por otro lado, muchas industrias tienen **escalas de producción eficiente** mínimas. Bloquear operaciones entre competidores pequeños por razones estructurales, les impediría alcanzar la escala para competir de manera efectiva con empresas más grandes.
 - ▶ Finalmente, existen opiniones que argumentan que “irónicamente”, estas nuevas directrices buscan modernizar el proceso de revisión previa de concentraciones regresando al pasado y aplicando **estándares desactualizados**.



- ▶ Por otro lado, existen algunas opiniones a favor:
 - ▶ Las nuevas directrices reconocen **valores políticos y socioeconómicos que formaban parte de la Ley Sherman original**, los cuales fueron abandonados en los setenta y ochenta (Todd Zywicki, profesor de la universidad George Mason).
 - ▶ Está más **apegada a los objetivos determinados originalmente** por el Congreso e interpretados por la Corte Suprema (Jonathan Kanter).
 - ▶ También, se mencionan, por primera vez, **criterios relativos a los mercados de plataformas.**



- ▶ Las directrices aún pueden sufrir modificaciones:
 - ▶ Las nuevas directrices están sujetas a un periodo abierto a la opinión pública de 60 días, el cual concluye el 18 de septiembre de 2023. Después de esto, las autoridades evaluarán y modificarán la propuesta para publicarla.
 - ▶ Será importante mantener el seguimiento de esta discusión y sus implicaciones en la política de competencia que seguirán la FTC y el DOJ.
 - ▶ En todo caso, la nueva propuesta de directrices forman parte de una **tendencia hacia una política más estricta** de control de fusiones por parte de las autoridades de competencia, por lo que es de esperarse un mayor escrutinio y oposición por parte de las autoridades de competencia, independientemente de las modificaciones que resulten.



- ▶ Las directrices proporcionan una **visión sobre qué tipo de operaciones pueden ser objeto de cuestionamiento**. Sin embargo, no indican necesariamente cómo los tribunales aplicarán e interpretarán las leyes de competencia.
- ▶ Independientemente de las modificaciones a las directrices, las autoridades de competencia, deberán persuadir a los tribunales de que sus teorías de daño están sustentadas en precedentes legales.



▶ REFERENCIAS

- ▶ <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/07/ftc-doj-see-comment-draft-merger-guidelines>
- ▶ <https://www.gibsondunn.com/us-antitrust-agencies-release-updated-merger-guidelines/>
- ▶ <https://centrocompetencia.com/nuevo-proyecto-guias-integracion-empresarial-ftc-doj/%20>
- ▶ <https://www.promarket.org/2023/08/07/carl-shapiro-why-dropping-market-power-from-the-merger-guidelines-matters/>
- ▶ <https://www.clearyantitrustwatch.com/2023/07/ftc-doj-propose-radical-changes-to-merger-guidelines/>