



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

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/71
29 de mayo de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y
las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Noveno período de sesiones
Ginebra, 15 a 18 de julio de 2008
Tema 3 *a*) del programa provisional

CASOS IMPORTANTES RECIENTES QUE ABARCAN A MÁS DE UN PAÍS

Informe de la secretaría de la UNCTAD*

* El documento se presentó en la fecha mencionada *supra* debido a la demora en su procesamiento.

Resumen

En el presente informe se examinan varios casos recientes que entrañan prácticas comerciales restrictivas, en particular fusiones y adquisiciones en países desarrollados, países en desarrollo y economías en transición. Algunos de estos casos tienen aspectos transfronterizos en la medida en que abarcan a otros países o empresas extranjeras que realizan operaciones en el país en cuestión. De la experiencia anterior de investigaciones de casos y de las deliberaciones llevadas a cabo en reuniones intergubernamentales, se desprende la necesidad de una mayor conciencia acerca de los beneficios de la cooperación entre las autoridades encargadas de la competencia, tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo, a nivel bilateral y regional. La cooperación puede mejorar la capacidad para tratar los casos que se plantean en los países en desarrollo. Algunos países en desarrollo también han seguido revisando los métodos de aplicación, en particular mediante la introducción de programas de indulgencia en la investigación de cárteles. Algunos problemas a que hacen frente los países en desarrollo resultan de la debilidad estructural de las legislaciones en materia de competencia, mientras que otros problemas derivan de los conflictos normativos entre las políticas de la competencia y otras políticas gubernamentales, por ejemplo la jurisdicción simultánea en materia de competencia de las entidades de reglamentación y los organismos encargados de la competencia. Se han analizado aproximadamente 30 casos de prácticas transfronterizas contrarias a la competencia, y en el presente informe se incluye la experiencia de 11 ejemplos de cooperación entre las autoridades encargadas de la competencia, las entidades de reglamentación de sectores específicos y otros organismos gubernamentales en el inicio, la investigación y la resolución de casos.

I. INTRODUCCIÓN Y RESEÑA

1. El presente informe forma parte de una serie preparada por la secretaría de la UNCTAD en la que se examinan casos de competencia, centrándose especialmente en los progresos alcanzados en la aplicación del derecho de la competencia en los países en desarrollo. En su octavo período de sesiones, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparase un documento sobre recientes casos importantes relativos a la competencia, con especial referencia a casos en los que participe más de un país y teniendo en cuenta la información recibida de los Estados miembros.
2. Los casos que se examinan en el presente informe han sido seleccionados de la información facilitada por algunos Estados miembros en respuesta a una solicitud remitida por la secretaría de la UNCTAD y de otros documentos públicamente disponibles. Teniendo en cuenta el número relativamente reducido de casos que abarcan a países en desarrollo respecto de los cuales fue posible obtener información, se seleccionó una amplia gama de casos para el examen, que incluyen: a) los que tienen efectos en más de un país, incluido un país en desarrollo; b) los que abarcan empresas que no tienen su sede ni otras operaciones en el país en que el caso se examinó; o c) los casos iniciados en países desarrollados y países en desarrollo relativos a cuestiones o sectores que tienen importancia internacional, en particular para los países en desarrollo.
3. Los casos examinados en el presente informe muestran que, en el contexto de la globalización y la liberalización, el derecho y la política de la competencia están cobrando una importancia fundamental para las políticas económicas de algunos países en desarrollo. También muestran que, en muchos países, la aplicación de las normas sobre competencia contribuye a combatir las prácticas contrarias a la competencia que prevalecen en los mercados de los países desarrollados y los países en desarrollo, con inclusión de los países menos adelantados y los países en transición. Sin embargo, el número relativamente reducido de casos y países de los que se han tomado estos ejemplos sugiere que es menester que haya más países que redoblen sus esfuerzos para adoptar y aplicar efectivamente la legislación sobre la competencia y crear o fortalecer una cultura de la competencia. Algunos de los casos examinados muestran que las prácticas contrarias a la competencia, tales como la colusión y el abuso de una posición dominante, tienen lugar en diversos sectores, y que con frecuencia dichas prácticas entrañan una combinación de prácticas ilegales verticales y horizontales. De modo análogo, cada vez más se solicita a los organismos de defensa de la competencia que evalúen los posibles efectos contrarios a la competencia de las fusiones, adquisiciones y concentraciones realizadas a escala tanto nacional como internacional. En el presente informe se exponen los logros obtenidos en materia de aplicación, los conflictos o la coordinación de las diversas políticas y los problemas planteados. No obstante, aún queda mucho por hacer para mejorar las técnicas de aplicación y de coordinación entre los organismos de defensa de la competencia recientemente creados en los países en desarrollo y los países en transición, por una parte, y los organismos pertinentes de los países desarrollados, por otra.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

A. Tailandia: licencias obligatorias en el sector de los productos farmacéuticos

4. Recientemente, Tailandia se sumó a los países que han aprovechado las flexibilidades del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que autorizan las licencias obligatorias relativas a patentes de productos farmacéuticos para aumentar el acceso a los medicamentos en el sistema sanitario. Entre noviembre de 2006 y noviembre de 2007, el Ministerio de Salud concedió licencias para patentes relativas a dos medicamentos antirretrovirales: Efavirenz, vendido por Merck con la marca Stocrin; y Lopinavir+Ritonavir, vendido por Abbott con la marca Kaletra. El Acuerdo sobre los ADPIC autoriza el uso público de licencias sin llevar a cabo negociaciones con el titular de la patente. Otros países han otorgado licencias obligatorias para medicamentos relacionados con el SIDA, por ejemplo Indonesia, Malasia, Ghana, Eritrea, Mozambique, Zambia y Sudáfrica¹.

5. Cuando Tailandia otorgó la licencia obligatoria, la empresa Abbott solicitaba 2.200 dólares de los EE.UU. por un año de suministro de Kaletra, lo que representaba multiplicar aproximadamente por 10 el precio del medicamento genérico más barato. Comprendiendo que, a ese precio, no podría mantener un tratamiento adecuado para todas las personas que lo necesitaban, Tailandia trató de negociar precios más bajos para Kaletra y otros medicamentos necesarios. Cuando esas negociaciones fracasaron, el Gobierno de Tailandia otorgó licencias para comprar productos genéricos.

6. En marzo de 2007, la empresa Abbott respondió al otorgamiento de licencia obligatoria para Kaletra mediante el anuncio de que en adelante no registraría nuevos medicamentos para su venta en Tailandia. La negativa a vender el único inhibidor de proteasa aumentado por ritonavir, estabilizado con respecto al calor, en un país tropical pobre amenaza la existencia de numerosas vidas y, como se indica más adelante, viola la Ley de defensa de la competencia BE.2542 de Tailandia. En respuesta a la decisión adoptada por Tailandia, fundamentada en el derecho interno y el derecho internacional, de otorgar una licencia obligatoria por razones de salud pública con respecto a Kaletra y otros medicamentos, Abbott anunció que se negaría a comercializar en Tailandia una nueva versión de Kaletra estabilizada con respecto al calor, así como otros medicamentos. En abril de 2007, un grupo de activistas de Tailandia defensores del tratamiento presentaron una reclamación ante la Comisión de la Competencia, alegando que el hecho de que Abbott retirase sus productos del mercado violaba la Ley de defensa de la competencia de Tailandia. La ley prohíbe que las empresas que tienen una posición dominante en el comercio del país se abstengan de suministrar productos sin una justificación adecuada de favorecer la competencia.

7. Según un análisis reciente², Tailandia también podría considerar otros fundamentos para una reclamación en materia de competencia contra Abbott, por su negativa a conceder licencias de versiones genéricas de Kaletra para abastecer el mercado de Tailandia antes del otorgamiento

¹ www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html.

² www.wcl.american.edu/pijip/thai_comp_licenses.cfm.

público de la licencia. Esto podría sumarse a los fundamentos existentes en materia de salud pública para el otorgamiento de la licencia obligatoria que, de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, autorizaría a sancionar a Abbott mediante el establecimiento de regalías inferiores (que podrían llegar a cero), así como a autorizar exportaciones ilimitadas de productos protegidos por licencias obligatorias. La negativa de Abbott a conceder licencias sobre productos genéricos podría violar el párrafo 1 del artículo 25 de la Ley de defensa de la competencia de Tailandia, que prohíbe "fijar o mantener precios injustificados de compra o de venta de bienes, o remuneraciones injustificadas de servicios". También podría violar el artículo 29, que prohíbe "cualquier práctica que... impida o limite la actividad comercial de otros operadores [o] impida a otras personas dedicarse a una actividad comercial".

8. En diciembre de 2007, la Comisión de la Competencia concluyó que el hecho de que la parte demandada retirase su solicitud de registro de un medicamento no violaba la Ley de defensa de la competencia por las razones siguientes:

- a) La notificación a la Comisión de Competencia se exigía a las empresas comerciales que tuvieran una posición dominante en el mercado, lo que se definía como la venta de cualquier producto o servicio que tuviera una cuota de mercado en el año precedente de más del 50% y que equivaliese al menos a 1.000 millones de baht (aproximadamente 32 millones de dólares de los EE.UU.). Sin embargo, Abbott Laboratories tenía una cifra de negocios inferior. Además, no podía considerarse que su medida suspendiera, redujera o restringiera la distribución, la entrega o la importación sin razones justificables con el objeto de reducir la calidad a un nivel inferior a la demanda del mercado.
- b) El retiro, por parte de la empresa, de la solicitud de registro ante la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos no constituye una tentativa de causar perjuicio a los consumidores tailandeses.

Comentario

9. Muchas leyes en materia de competencia, incluida la de Tailandia, prohíben que las empresas que tienen una posición dominante en el mercado retiren el suministro de productos sin dar una justificación adecuada favorable a la competencia. La empresa Abbott se negaba a ofrecer la versión de su producto Kaletra que necesitaban los consumidores más pobres³. Este caso muestra la importancia concedida por la Comisión tailandesa a las reclamaciones formuladas por los activistas, que estimaban que las estrategias de segmentación del mercado contrarias a las poblaciones pobres eran contrarias a la competencia por aplicación del criterio de

³ Otra situación posiblemente análoga es el caso en el que una empresa del sector energético respondiese a decisiones sobre tarifas de servicios públicos que no le complacen mediante el retiro de solicitudes para la construcción de líneas de transmisión y centrales de producción de energía nuevas y mejoradas, manteniendo toda la producción a los niveles existentes y restringiendo de este modo el acceso a la energía a una población en crecimiento. Este tipo de decisiones adoptadas por los proveedores dominantes de bienes esenciales parecerían "suspender, reducir o restringir los servicios, la producción, la compra, la distribución, la entrega o la importación sin razones justificables".

la denegación de suministros. Aunque el caso tramitado contra Abbott no tuvo éxito, el hecho de que el mismo sea ahora de dominio público podría disuadir de abusar de su posición dominante en el mercado a otras empresas titulares de derechos de propiedad intelectual. Además, mejora la aplicación de la legislación en materia de competencia con respecto a las licencias obligatorias para medicamentos y otros productos destinados a salvar vidas. Otro ejemplo fue la Campaña de Acción para el Tratamiento de Sudáfrica, que en 2001 interpuso una denuncia ante la Comisión de Competencia de Sudáfrica contra GSK y BI por la fijación de precios excesivos para medicamentos de primera línea para el tratamiento del SIDA. En 2003, la Comisión resolvió que las empresas tenían una posición dominante en sus mercados respectivos y que habían abusado de esta posición dominante mediante la fijación de precios excesivos y la negativa a otorgar licencias para productos genéricos.

B. Sudáfrica: fijación de precios y repartición del mercado en el sector de productos alimentarios

10. Desde febrero de 2007, la Comisión de Competencia de Sudáfrica ha iniciado investigaciones sobre la fijación de precios y repartición del mercado en la industria panadera por parte de Pioneer Foods (Sasko y Duens Bakeries), Premier Foods (que comercia como Blue Ribbon Bakery) y Tiger Brands (Albany Bakeries), después de recibir denuncias telefónicas por parte de varios distribuidores independientes de pan en la región occidental del Cabo. La Comisión amplió su investigación a todo el país y también inició una investigación separada sobre diversas prácticas llevadas a cabo en la industria molinera. Durante una investigación anterior realizada en el sector, algunas empresas panaderas habían obtenido inmunidad en el marco de un programa de indulgencia. Este tipo de programas se han introducido recientemente en las actividades de detección de cárteles, y conceden protección a los miembros de un cártel que denuncian la existencia de prácticas ilegales colaborando con el organismo de defensa de la competencia durante la investigación.

11. En enero de 2008, la Comisión de Competencia de Sudáfrica amenazó con retirar la inmunidad concedida a las empresas de panadería y molinería si constataba que esas empresas habían estado en colusión en relación con los últimos aumentos del precio del pan. La Comisión alegó que era necesaria una investigación permanente sobre los aumentos de los precios en el sector del pan y la molinería. Se concedió inmunidad a la empresa Premier Foods por su cooperación con la investigación y la confesión del papel que había desempeñado en el cártel. La empresa Tiger Brands también decidió cooperar con la Comisión y admitió su participación en el cártel; se le impuso una multa de aproximadamente 13 millones de dólares de los EE.UU.

12. Recientemente, Tiger Brands comenzó a fijar precios excesivos para los panes Albany. Pioneer Foods y Premier Foods también aumentaron sus precios. Foodcorp también incrementó el precio de su pan Sunbake en noviembre de 2007, sin que el mercado lo notase demasiado. Los cuatro gigantes de los productos alimentarios representaban más del 65% de la cifra estimada de 7 millones de panes que se vendían diariamente en todo el país. Reaccionando ante el aumento de los precios, la Comisión argumentó que "esta flagrante especulación es un insulto a la nación, en particular a los pobres. Demuestra que la colusión continúa o que los miembros

del cártel están actuando para mantener los márgenes artificialmente altos que consiguieron mediante su acción ilícita"⁴.

13. Los productores de pan alegaron que el aumento de los precios era una respuesta al incremento del precio de los insumos, especialmente en el caso del trigo, que era el ingrediente principal, y cuyo precio se había casi duplicado en el último año. Según la dependencia de la Comisión encargada de la aplicación de la ley y sus excepciones, el precio del pan se había mantenido artificialmente mediante actos de colusión y esos precios debían haber permanecido estables, sin aumentos. Además, la industria panadera deseaba mantener sus márgenes de beneficio. La Comisión está solicitando explicaciones a los empresarios panaderos e investiga si el aumento del costo de los insumos dio lugar a incrementos justificados de los precios del pan. Podría retirar la inmunidad a las empresas si constataste que éstas habían vuelto a participar en cárteles respecto de los cuales se les habían concedido inmunidad.

14. En 2007, el costo de los insumos aumentó al mismo ritmo y, en algunos casos, incluso de forma más rápida que el precio del trigo. Habida cuenta de que, entre otras cosas, la mayor parte de los miembros de la Unión Aduanera del África Meridional (SACU) compran productos de panadería a Sudáfrica, estos aumentos de precios tienen un efecto transfronterizo en los países de la unión aduanera.

15. El 5 de mayo de 2008, la Comisión de Competencia constató que Pioneer Foods (Pty) Ltd. y Foodcorp (Pty) Ltd. habían violado la Ley de defensa de la competencia de 1998, y presentó sus constataciones al tribunal para que se adoptase una decisión. Basándose en las medidas adoptadas por las empresas competidoras y teniendo en cuenta que esa conducta era sumamente perjudicial para los sectores más pobres de la sociedad, la Comisión remitió al tribunal las conclusiones de sus investigaciones sobre la actividad de los cárteles en todo el país en el sector de la industria de panificación, y en consecuencia pidió que el tribunal: a) declarase que Pioneer y Foodcorp habían contravenido los artículos 4 1) b) i) y ii) de la ley; b) ordenase que Pioneer y Foodcorp desistieran de fijar los precios del pan y de repartirse los mercados; c) aplicase una sanción administrativa a cada uno de los demandados, equivalente al 10% de su cifra de negocios anual en el ejercicio económico de 2006-2007; y d) adoptase cualquier otra medida adicional o alternativa que estimase adecuada.

Comentario

16. Para ser efectiva, la inmunidad se debe aplicar con ciertas condiciones. Se necesitan requisitos de presentación de información más rigurosos en el caso de las empresas que contravienen la legislación, en especial cuando se han encontrado pruebas de actividad de cárteles. Habida cuenta del número de casos de fijación de precios y repartición del mercado, un objetivo importante de las autoridades africanas encargadas de la competencia consiste en luchar contra la actividad de los cárteles. A este respecto, las enmiendas propuestas en relación con la política de indulgencia para las empresas están dirigidas a crear un instrumento más efectivo para detectar y procesar a los cárteles, que constituyen una actividad delictiva en muchas partes del mundo.

⁴ Véase www.fin24.co.za/articles/default/display_article.aspx?ArticleId=1518-25_2255314.

17. Entre los elementos que se han de tener en cuenta para modificar el actual programa de indulgencia figuraban los siguientes: a) restringir las facultades discrecionales para conceder garantías de inmunidad y extender la indulgencia a todos los miembros de un cártel; b) establecer que las comunicaciones se hagan en forma oral y no por escrito; y c) adoptar un sistema de "indicadores", con arreglo al cual una empresa podría determinar de antemano si podría obtener indulgencia y, en tal caso, reservar su puesto en la investigación. Este caso muestra que, en las situaciones en que se concede inmunidad a empresas que realizan actividades de cártel, es necesario llevar a cabo medidas de seguimiento y verificación del cumplimiento a fin de asegurar que esas empresas no realicen posteriormente otras actividades de cártel.

C. República de Corea: posición dominante en el sector de la ingeniería mecánica

18. El 17 de enero de 2007, la Comisión de Comercio Leal de Corea (KFTC) impuso medidas correctivas y un recargo de 23.000 millones de won (aproximadamente 23,5 millones de dólares de los EE.UU.) a Hyundai Motor Company por su abuso de posición dominante, en particular por la restricción impuesta a sus agentes de ventas de relocalizar o ampliar sus tiendas y de emplear representantes de ventas, al mismo tiempo que obligaba a sus agentes de ventas a cubrir cuotas de ventas excesivas. La empresa aumentó su poder de mercado en el mercado nacional de automóviles después de la adquisición de KIA Motors. Basándose en las denuncias presentadas contra la empresa por la KFTC y en los datos recopilados mediante la iniciativa de la KFTC, la autoridad encargada de la competencia llevó a cabo en cinco ocasiones investigaciones *in situ* en la empresa Hyundai Motor Company y sus agentes de ventas.

19. Las investigaciones iniciales llevadas a cabo por la KFTC demostraron que la empresa citada realizaba las actividades siguientes: a) impedía que sus agentes de ventas relocalizaran sus tiendas; b) suscribió un acuerdo con el sindicato correspondiente para poner límites a que los agentes de ventas contrataran representantes de ventas, un límite que los afiliados locales del sindicato pedían que la empresa mantuviera y fortaleciera; y c) estableció cuotas de ventas anuales y las repartió entre los establecimientos locales.

20. La KFTC verificó que la empresa había violado la Ley de reglamentación de monopolios y comercio leal por haber realizado las siguientes prácticas contrarias a la competencia: a) abuso de posición dominante en el mercado para restringir la relocalización de tiendas por parte de sus agentes de ventas; b) abuso de posición dominante en el mercado para limitar la contratación de nuevos empleados por parte de los agentes de ventas; y c) obstrucción de actividades comerciales de los competidores prohibidas en el artículo 3-2, 1), 3 y abuso de posición dominante en el mercado, definido en el artículo 23, 1), 4, al obligar a sus agentes de ventas a realizar cuotas de ventas excesivas.

21. La KFTC impuso medidas correctivas a la empresa con el objeto de eliminar la restricción de relocalización de tiendas y nuevas contrataciones, así como la imposición de cuotas de ventas excesivas. Además, se ordenó a la empresa que modificara o eliminara algunas de las condiciones contractuales firmadas con sus agentes de ventas en el plazo de 60 días, y que anulara o modificara el acuerdo celebrado con su sindicato, incluidos los afiliados locales. Junto con las medidas correctivas, la KFTC impuso un recargo de 23.000 millones de won (aproximadamente 23,5 millones de dólares de los EE.UU.), basándose en la cifra de negocios generada durante las violaciones de la ley.

Comentario

22. Con el objeto de fomentar el bienestar de los consumidores, la decisión de la KFTC contra la empresa aplicó la legislación sobre la competencia relativa al abuso de posición dominante en el mercado y las prácticas comerciales desleales en el mercado nacional de automóviles, sumamente concentrado. Otro aspecto que cabe señalar es la necesidad de que las autoridades encargadas de la competencia establezcan un marco en el que las fusiones llevadas a cabo en el mercado se puedan volver a evaluar a fin de asegurar que las entidades fusionadas no abusen de su posición en el mercado, y de que se han cumplido las condiciones establecidas para la aprobación, si existieran. Esto permitiría economizar recursos de los organismos de defensa de la competencia mediante la prevención de los abusos de posición dominante. Como Hyundai y KIA, al igual que muchas otras empresas transnacionales, tienen subsidiarias en todo el mundo, las autoridades encargadas de la competencia deberían interesarse en conocer el enfoque y los medios utilizados para resolver este caso, a fin de aplicar métodos similares en otros casos análogos.

D. Zimbabwe: acuerdos exclusivos en la industria de extracción de níquel

23. En abril de 2007, la Comisión Arancelaria y de Competencia de Zimbabwe recibió una denuncia en la que se alegaba la existencia de un acuerdo de comercialización de exportaciones, de carácter desleal, celebrado entre Bindura Nickel Corporation (BNC), Minerals Marketing Corporation of Zimbabwe (MMCZ) y una empresa suiza denominada Glencore International AG. La denuncia fue investigada en el marco del artículo 28 de la Ley de defensa de la competencia (cap. 14:28) para determinar si se trataba de una práctica restrictiva que, según la definición legal, incluye los acuerdos que limitan la competencia en una medida apreciable.

24. BNC es en la actualidad la única empresa productora de níquel en Zimbabwe. Esta empresa solía tener cuatro minas productoras de níquel (Epoch, Madziwa, Shangani y Trojan), pero sólo dos de ellas son explotadas en este momento (Shangani y Trojan). Sin embargo, estas dos minas no funcionan a plena capacidad debido a dificultades de viabilidad. Aunque Zimbabwe Platinum Mines (Zimplats) produce cierta cantidad de níquel como subproducto de su producción de otros metales comunes, éste se envía a Sudáfrica para su ulterior elaboración antes de su exportación. MMCZ es un organismo de derecho público establecido mediante una ley del Parlamento como único agente de comercialización de todos los minerales producidos en Zimbabwe, con excepción del oro y la plata. Comercializa los minerales por cuenta de las empresas productoras. Glencore International es un comprador mundial de níquel.

25. BNC, MMCZ y Glencore International concluyeron un acuerdo sobre la venta a Glencore International de toda la producción de níquel extraída en las minas de BNC en Zimbabwe. El acuerdo tendría una duración inicial de 20 meses, que se podría renovar. En virtud de ese acuerdo, MMCZ se reservó el derecho de retener el 15% de la producción mensual de níquel de BNC para determinados clientes, siempre que las condiciones de esas ventas no fueran peores que las ventas a Glencore International, y que esos clientes no estuvieran incluidos en los mercados exclusivos de Glencore.

26. Todo el níquel producido por BNC se exporta. El producto se emplea en varios procesos industriales especializados que en la actualidad no se llevan a cabo en Zimbabwe, como en la industria del acero inoxidable, la industria aeroespacial y la fabricación de piezas de

repuesto para automóviles. Por consiguiente, no hay una demanda local de ese producto. En 2006, las exportaciones de níquel representaron 35,8 billones de dólares de Zimbabwe (aproximadamente 1.200 millones de dólares de los EE.UU.) de los ingresos de exportación de Zimbabwe; sólo fueron superadas por las exportaciones de oro, que representaron 53,7 billones de dólares de Zimbabwe (aproximadamente 1.800 millones de dólares de los EE.UU.). Desde fines de marzo de 2007, se registró en el mercado internacional un aumento de los precios mundiales de los metales, en particular el níquel y el platino, y los precios del níquel aumentaron por sexto año consecutivo hasta llegar a 50.342 dólares por tonelada, lo que representó un 100% de aumento con respecto a 2001. Sin embargo, BNC, por conducto de MMCZ, es un participante insignificante, y su producción total es inferior al 1% del mercado mundial.

27. Al explicar la razón de ser del acuerdo de comercialización exclusiva concertado entre BNC, MMCZ y Glencore International, se indicó que BNC no producía actualmente a plena capacidad y necesitaba algunos materiales para el tratamiento a maquila. Los materiales en bruto necesarios para su combinación con materiales locales a los fines del tratamiento a maquila no eran originarios de Zimbabwe y, por lo tanto, se necesitaba una empresa extranjera que dispusiera de divisas para ayudar a adquirir los materiales. Sin esa financiación, BNC no podría producir y comercializar el níquel. Por consiguiente, MMCZ había encontrado tres de esas compañías extranjeras, entre ellas Glencore International, y esta última fue considerada la más adecuada y la que ofrecía mejores condiciones. Glencore International convino en financiar las actividades a cambio de tener un acceso exclusivo al producto final. Sin la financiación previa de Glencore International, BNC no podría producir de manera rentable, ya que tendría costos de producción elevados.

28. BNC también afirmó que el motivo del acuerdo era que, con el objeto de explotar económicamente las enormes operaciones de fundición y refinación de Bindura, la empresa siempre había obtenido concentrado de níquel de Sudáfrica y Botswana. El concentrado de níquel era un material externo que representaba más del 40% de la producción anual total de níquel. No obstante, el concentrado de níquel importado se debía pagar con antelación a la entrega, y BNC no tenía capacidad suficiente para hacer esos pagos en divisas. La Comisión observó que -aunque el acuerdo de comercialización de níquel concertado entre BNC, MMCZ y Glencore International era restrictivo- sus efectos en materia de competencia se producían en mayor medida en los mercados extranjeros que en el mercado local de Zimbabwe, en el que BNC era el único productor de níquel y el producto no se consumía. Por consiguiente, el acuerdo no tenía ningún efecto sobre la competencia en el mercado local y, por tanto, quedaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley de defensa de la competencia (cap. 14:28).

Comentario

29. En este caso, se debe observar que la Ley de defensa de la competencia sólo se aplica a las actividades económicas "realizadas en la República de Zimbabwe o que tengan efectos en ella". La Comisión observó que, aunque los acuerdos estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de defensa de la competencia, generaría numerosos beneficios de interés público, no sólo en forma de ingresos de exportación garantizados y financiación de las importaciones de un producto básico esencial, sino también en forma de un aumento de la eficiencia de la producción de níquel en Zimbabwe, que serían superiores a los efectos adversos de su carácter restrictivo.

30. Habida cuenta de la importancia del níquel para el desarrollo económico de Zimbabwe y el incremento de su demanda potencial, este caso muestra la importancia del derecho y la política de la competencia para vigilar y controlar las conductas contrarias a la competencia. También se podría inferir de qué modo el derecho y la política de la competencia pueden complementar la política industrial en los mercados en los que la demanda del producto no es local sino extranjera. Este caso muestra asimismo la creciente necesidad del derecho de la competencia a nivel regional e internacional para hacer frente a los efectos transfronterizos contrarios a la competencia.

E. Croacia: aplicación directa a Microsoft de la decisión de la Comisión Europea

31. En este caso, no hubo ningún procedimiento oficial iniciado ante el Organismo de Defensa de la Competencia de Croacia. Sin embargo, hubo un compromiso firmado por Microsoft a requerimiento de dicho organismo, mediante el cual Microsoft se obligó a respetar las normas sobre competencia en el territorio de Croacia, dando cumplimiento a las condiciones y obligaciones impuestas por la Comisión Europea en su decisión 2007/53/CE, de 24 de marzo de 2004, confirmada por la sentencia del tribunal de primera instancia el 17 de septiembre de 2007.

32. En la decisión de la Comisión Europea relativa a Microsoft se declaró que la empresa se había negado a facilitar información sobre la interoperabilidad. La Comisión concluyó que, al retener esa información, Microsoft obstaculizaba el desarrollo y la distribución de productos relacionados con sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. Además, en la citada decisión se señaló que Microsoft había condicionado la posibilidad de disponer del sistema operativo Windows para ordenadores personales clientes a la adquisición simultánea del reproductor de Windows Media. Debido a su gran cuota de mercado en el sector de los sistemas operativos para servidores, se cumplían los requisitos de dominio establecidos por la Comisión Europea. Estas circunstancias, de carácter excepcional, llevaron a la conclusión de que la denegación por parte de Microsoft constituía un abuso de posición dominante incompatible con el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

33. Haciendo referencia a esta decisión de la Comisión Europea, el Organismo de Defensa de la Competencia de Croacia obligó a Microsoft a asegurar la divulgación de las especificaciones pertinentes del protocolo de servidor de Windows a todas las empresas que estaban en el mercado en el territorio de Croacia, con carácter no discriminatorio y en las mismas condiciones aplicables a las empresas establecidas en la Unión Europea. Además, se exigió que los sistemas operativos existentes de Windows XP y Windows Vista se pudiesen obtener sin el reproductor de Windows Media en todos los idiomas accesibles en la Unión Europea, de forma no discriminatoria, ofreciéndose dos versiones de Windows por el mismo precio, y que se garantizara la disponibilidad de una nueva versión croata de los sistemas operativos Windows XP y Windows Vista sin el reproductor de Windows Media.

Comentario

34. Como la legislación de la Unión Europea no se aplica directamente al mercado croata, la aplicación extraterritorial directa de la decisión de la Comisión Europea en el caso de abuso de posición dominante de Microsoft reviste un interés especial. Cabe observar la manera en que la

jurisdicción europea influye en las autoridades encargadas de la competencia extranjera con respecto a la manera en que tratan casos análogos. No obstante, no se debe olvidar que, en el caso croata, reviste interés para este país tener un elevado grado de concordancia entre su jurisdicción nacional y la europea, teniendo en cuenta la futura adhesión del país a la Unión Europea. La aplicación del punto de vista europeo al mercado de Croacia, así como la manera en que la KFTC abordó la misma cuestión en 2005 muestran que esta interpretación acerca de la accesibilidad a la información sobre interoperabilidad y los efectos del agrupamiento en los mercados secundarios obtiene cada vez más apoyo más allá de la jurisdicción de la Unión Europea. El vínculo entre los casos de Croacia y la República de Corea es el hecho de que los países en desarrollo que cuentan con recursos limitados pueden aplicar a sus propias situaciones las decisiones adoptadas por jurisdicciones más amplias.

F. Portugal: abuso de posición dominante en el sector de telecomunicaciones

35. En 2007, la Dirección de Defensa de la Competencia de Portugal impuso una multa de 38 millones de euros (aproximadamente 59 millones de dólares de los EE.UU.) a PT Comunicações por abuso de posición dominante en violación de los párrafos 1 y 3 del artículo 6 de la Ley nacional de defensa de la competencia y el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Este caso se inició en 2003 a raíz de una denuncia formulada por TvTel, seguida de otra denuncia presentada por Cabovisão en 2004 -ambas empresas competidoras en el mercado- en las que se alegaba que PT Comunicações negaba el acceso a su red subterránea de conducción de cables.

36. Durante las investigaciones, se llevaron a cabo inspecciones no anunciadas previamente en los locales de PT Comunicações. La Dirección de Defensa de la Competencia encontró pruebas de que PT Comunicações -la empresa de telecomunicaciones dominante- había negado a sus competidores en las fases ulteriores de los servicios de telecomunicaciones, TvTel y Cabovisão, el acceso a su red subterránea de conducción de cables, que constituía una infraestructura esencial. Debido a esa negativa de conceder el acceso a la infraestructura esencial, los competidores de PT Comunicações no podían instalar su red de cables a aproximadamente 73.000 hogares, lo que limitaba la oferta de televisión por cable, banda ancha de Internet y servicios telefónicos de línea fija. La Comisión concluyó que PT Comunicações mantenía una posición dominante en el mercado en lo tocante al acceso a la infraestructura necesaria para la instalación de cables e infraestructura de redes de comunicación electrónica, así como en los mercados de fases ulteriores. Como resultado de ello, 73.000 hogares no podían escoger un proveedor de televisión por cable que no fuese CATVP-TV Cabo Portugal, una empresa cuya accionista mayoritaria era el grupo PT. Además, PT Comunicações impedía el acceso al mercado de algunas zonas urbanas importantes de Portugal.

37. Por consiguiente, la conducta de PT Comunicações tenía el propósito y el efecto de impedir, restringir o distorsionar la competencia en el mercado, infringiendo la legislación sobre competencia nacional y también la de la Comisión Europea. Los mercados afectados eran los servicios de televisión de pago, los servicios de acceso a Internet por banda ancha para particulares y los mercados de líneas telefónicas fijas para particulares. En Portugal, sólo el abuso de una posición dominante, y no el solo hecho de mantener esta posición, está prohibido por la ley, esto es, el artículo 6 de la Ley nacional de defensa de la competencia -Ley Nº 18/2003, de 11 de junio-, en términos similares a los establecidos en el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

38. De conformidad con la Ley de defensa de la competencia de Portugal, hay una posición dominante cuando: a) una empresa actúa en un mercado en el que no hace frente a ninguna competencia significativa o en el que predomina sobre sus competidores (posición dominante individual); o b) dos o más empresas actúan concertadamente en un mercado en el que no hacen frente a ninguna competencia significativa o en el que predominan con respecto a terceros (posición dominante colectiva (párrafo 2 del artículo 6 de la Ley N° 18/2003)).

39. La Ley de defensa de la competencia de Portugal define el abuso como "la negativa a conceder, mediante un pago apropiado, a cualquier otra empresa el acceso a una red esencial u otra infraestructura que la primera parte controla, cuando, sin ese acceso, por razones fácticas o jurídicas, la segunda parte no puede operar como competidora de la empresa que ejerce la posición dominante en el mercado de las fases iniciales o ulteriores de la cadena de producción, excepto si la empresa dominante demuestra que, por razones operativas o de otra índole, dicho acceso no es razonablemente posible" (párrafo 3 b) del artículo 6).

Comentario

40. El caso fue considerado como una infracción a la Ley de defensa de la competencia de Portugal y del Tratado de la Comunidad Europea. A fin de evitar situaciones similares, el organismo encargado de la competencia estableció una lista de preguntas más frecuentes en las que se aclaran todos los elementos relativos al abuso de una posición dominante. La negativa al acceso a servicios o instalaciones de red esenciales, bloqueando así la competencia en un mercado secundario, ha sido un elemento fundamental en los casos europeos basados en el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, entre los que figuran los siguientes: a) la sentencia de 2007 del Tribunal Europeo de Primera Instancia en el caso Microsoft; b) el caso Magill (relativo a listas de programas de televisión que, a diferencia de lo que ocurre corrientemente, pueden protegerse mediante derechos de autor en Irlanda, país en que se originó el litigio); y c) el caso IMS Health (relativo a un método, protegido por derechos de autor, para organizar los datos sobre las ventas de productos farmacéuticos en Alemania, que se había convertido en la norma *de facto*). En su decisión, la Dirección de Defensa de la Competencia de Portugal confirmó este criterio jurídico.

G. Indonesia: condiciones de contratos en el sector de la venta al por mayor

41. La Comisión de Supervisión de la Competencia Comercial de Indonesia (Komisi Pengawas Persaingan Usaha) (KPPU) terminó una investigación y, de conformidad con las normas aplicadas, formuló una decisión en el caso N° 02/KPPU-L/2005. Este caso se refería a la presunta violación de la Ley N° 5/1999 de Indonesia relativa a la prohibición de las prácticas monopólicas y la competencia desleal, en relación con un acuerdo sobre condiciones comerciales aplicadas a los proveedores de productos para Carrefour Indonesia, cuya sede central está en Francia. El Consejo de la Comisión llegó a la conclusión de que Carrefour había mantenido relaciones comerciales de compra y venta de productos con sus proveedores utilizando acuerdos por escrito en los que se enumeraban las condiciones que debían negociarse con cada proveedor, tales como derechos por la publicación de listas, rebajas fijas, reducción de márgenes, condiciones de pago, descuentos ordinarios y costos de surtido corriente. Como se menciona en su informe, los proveedores consideraron que esas condiciones comerciales eran de difícil aplicación, especialmente las que exigían derechos por la publicación en las listas y reducción de márgenes.

42. Según las condiciones de Carrefour, los derechos por la publicación en las listas eran los derechos pagados por los proveedores para suministrar nuevos productos a Carrefour con una garantía en el caso de que los productos no se vendieran. Estos derechos se determinaban sólo una vez y no eran reembolsables. Las cuantías de los derechos eran diferentes para los proveedores pequeños o grandes, y no se aplicaban a todos los proveedores. Los ingresos de Carrefour generados por estos derechos en 2004 ascendieron a 25.000 millones de rupias (aproximadamente 2,7 millones de dólares de los EE.UU.). La reducción de márgenes es la garantía dada por los proveedores a Carrefour de que el precio de venta de su productos era el precio de venta más bajo. Esa condición establecía que si Carrefour obtenía una prueba escrita de que un competidor podía vender el mismo producto a un precio inferior al precio de compra pagado por Carrefour, Carrefour tendría derecho a solicitar una compensación de sus proveedores por un importe igual a la diferencia de precios entre los precios de compra de Carrefour y los precios de venta del competidor. La deducción se calculaba multiplicando la diferencia de precios por la cantidad de productos de los proveedores que permanecía en la tienda de Carrefour. El objetivo de Carrefour era mantener precios de venta más bajos con respecto a sus competidores. Los ingresos obtenidos por Carrefour mediante la aplicación de la reducción de márgenes, recibidos de 99 proveedores en 2004, ascendieron a 1.900 millones de rupias (aproximadamente 200.000 dólares de los EE.UU.).

43. La KPPU estimó que en este caso el mercado pertinente estaba constituido por los hipermercados de venta al por menor que competían directamente en Yakarta, Tangerang, Bandung, Surabaya y Medan con respecto a productos para el hogar, como los alimentos y bebidas en paquetes listos para uso instantáneo, alimentos básicos, productos frescos, productos para el hogar y productos electrónicos. Los competidores de Carrefour en el sector de venta al por menor en hipermercados eran Giant, Hypermart y Clubstore. El Consejo de la Comisión llegó a la conclusión de que Carrefour tenía un importante poder de mercado en comparación con Hypermart, Giant y Clubstore, ya que disponía del mayor número de tiendas ubicadas estratégicamente, con altos niveles de comodidad y de servicios ofrecidos. Dada su posición dominante en el mercado, los proveedores locales que deseaban vender sus productos y que éstos fueran expuestos en los hipermercados dependían de las instalaciones de Carrefour.

44. La KPPU decidió que Carrefour había abusado de su poder de negociación para conseguir que los proveedores aceptaran condiciones comerciales desfavorables. Las formas de presión incluían la retención de pagos pendientes, lo que violaba el deber de cooperación de una de las partes. El Consejo de la Comisión instó a Carrefour a que, al realizar sus actividades comerciales, prestase una mayor atención al hecho de que cada una de las condiciones aplicadas a los proveedores debía aportar valor añadido tanto para Carrefour como para los proveedores, y que evitase imponer condiciones restrictivas a los proveedores, en particular a las empresas pequeñas y medianas. Por último, basándose en los resultados de la investigación llevada a cabo en este caso, el Consejo de la Comisión decidió que se había demostrado fáctica y jurídicamente que Carrefour había violado el artículo 19 de la Ley N° 5/1999, y ordenó a Carrefour que pusiera término a la conducta abusiva de aplicar condiciones de reducción de márgenes a los proveedores, y además le aplicó una multa de 1.500 millones de rupias (aproximadamente 150.000 dólares de los EE.UU.).

Comentario

45. El caso de Carrefour brinda un ejemplo de problemas de negociación asimétrica en la que intervienen empresas multinacionales con sede central en países industrializados, por una parte, y pequeños y medianos proveedores y/o clientes en países en desarrollo, por la otra. Carrefour, que ocupa el segundo lugar entre las empresas de venta al por menor en todo el mundo, dispone de los medios adecuados para penetrar estratégicamente en el mercado indonesio mediante la imposición de condiciones comerciales restrictivas a los proveedores locales, que cuentan con la infraestructura de Carrefour frente a otros competidores que no han sido aceptados. Este caso ilustra los progresos realizados por algunos países en desarrollo en cuanto a la aplicación eficaz de su derecho y política de la competencia. No obstante, aún queda por dilucidar si las disposiciones de las leyes nacionales de los países en desarrollo son suficientes para tratar adecuadamente estas conductas abusivas, es decir, si las multas impuestas son suficientemente elevadas para tener un efecto de disuasión, en particular en los casos relacionados con empresas multinacionales.

II. FUSIONES Y ADQUISICIONES

A. Brasil: una fusión en el sector de productos farmacéuticos

46. La única fusión producida en el Brasil que no se refiere al sector agropecuario fue aprobada recientemente con restricciones por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) en su sesión ordinaria de 4 de octubre de 2006. Se trataba de una fusión entre dos empresas europeas, Axalto Holding (Países Bajos) y Gemplus International (Luxemburgo), que producen tarjetas de seguridad de material plástico y comercializan programas informáticos, componentes físicos y servicios conexos. El análisis se basó principalmente en los efectos sobre la competencia del dominio en materia de recursos tecnológicos. Según la descripción del comisionado que presentó el informe, las empresas que actúan en este mercado se pueden dividir en dos grupos estratégicos: a) empresas como Axalto y Gemplus, que tienen los recursos tecnológicos para competir por las innovaciones, y reciben ingresos no sólo por la venta de las tarjetas, sino también por la concesión de licencias sobre la tecnología; y b) empresas que compiten en la venta de tarjetas, que no se basan en la innovación sino en la reducción de costos.

47. Este caso fue también analizado por las autoridades europeas encargadas de la competencia, que verificaron que las empresas poseían una gran cartera de patentes en Europa. Basándose en este hecho, las autoridades de la Unión Europea decidieron aprobar la fusión, pero sólo con la condición de que las empresas concedieran licencias de sus derechos de propiedad intelectual, ya que su dominio sobre esos activos esenciales podía bloquear el acceso al mercado de las tarjetas. No obstante, esta decisión únicamente es válida en el territorio de la Unión Europea.

48. En el Brasil, el CADE comprobó que la utilización de patentes no es tan importante en el mercado brasileño, teniendo en cuenta el bajo número de patentes concedidas (aproximadamente el 1% de las patentes registradas en Europa). Por otra parte, el control ejercido por Axalto y Gemplus sobre las patentes válidas y las que potencialmente podrían protegerse en el Brasil en virtud de los tratados internacionales sobre derechos de propiedad intelectual podría dar a las partes una posición dominante. Basándose en esto, el CADE impuso a las empresas el

compromiso de obligarse a conceder licencias sobre sus patentes registradas en el Brasil, relativas a las tarjetas del módulo de identidad del suscriptor (SIM) a cualquier parte interesada que opere de cualquier forma en el mercado brasileño, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias.

Comentario

49. Este caso ofrece un ejemplo de la mejora de la capacidad y las políticas de aplicación en los países en desarrollo que procuran reducir los efectos contrarios a la competencia de una fusión externa. Según la doctrina de los efectos, puede justificarse en virtud del derecho internacional público el aplicar la legislación nacional sobre el control de fusiones a una concentración entre empresas basadas en el extranjero cuando sea previsible que esa fusión tendrá un efecto sustancial en el territorio de un Estado dado, en este caso el mercado brasileño de tarjetas de seguridad de material plástico. En consecuencia, incluso aunque ambas empresas tenían sus sedes en la Unión Europea, el organismo de defensa de la competencia brasileño impuso determinadas condiciones a la fusión a fin de evitar efectos contrarios a la competencia en el mercado del Brasil. Además, se debe observar que el CADE examinó cuidadosamente la gravedad del efecto, teniendo en cuenta los derechos de propiedad intelectual de los que eran titulares las dos partes de la fusión.

B. Chile: propuesta de fusión en el sector de la venta al por menor

50. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile decidió no aprobar una fusión entre dos de los principales establecimientos de venta al por menor del país y rechazó la creación de una empresa que tendría un capital de aproximadamente 15.000 millones de dólares de los EE.UU. y que se habría convertido en el segundo grupo de venta al por menor de América Latina. Falabella, que es la principal cadena de grandes tiendas de Chile, proyectaba adquirir la principal cadena de supermercados del país, D&S.

51. Se preveía que mediante la creación de sinergias para un mayor desarrollo de la venta al por menor, las dos empresas -controladas por las familias, Solari, Cúneo, Del Río e Ibáñez- alcanzarían una capitalización bursátil de más de 15.000 millones de dólares de los EE.UU. Los accionistas controladores de Falabella y D&S habían aprobado la fusión de ambas empresas y de sus esferas de actividad respectivas: grandes tiendas, supermercados, tiendas de mejoramiento del hogar, servicios financieros al por menor y centros comerciales. Mediante una comunicación presentada a la Superintendencia de Valores y Seguros, los consejos directivos de ambas empresas informaron sobre el acuerdo, que supondría la fusión de todas las empresas actualmente explotadas por Falabella y D&S, tanto en Chile como en el extranjero.

52. Como resultado de la transacción, se preveía que los accionistas de ambas empresas pasarían a ser accionistas del nuevo conglomerado empresarial. La futura sociedad de cartera Falabella-D&S se convertiría en la cadena de grandes tiendas más importante de América del Sur, con establecimientos en Chile, el Perú, la Argentina y Colombia, y el principal comercio minorista de alimentos en Chile, Lider. Además, la nueva empresa habría incorporado el sector de mejoramiento del hogar, la inmobiliaria Saitec, CMR, Presto, el Banco Falabella, San Francisco y Tottus. Se preveía que cada unidad empresarial seguiría funcionando sin cambios importantes. Toda la operación suponía una fusión de las dos empresas, combinando el capital de ambas. No se preveía realizar ninguna oferta pública porque todos los accionistas de cada una

de las empresas participarían en las mismas condiciones y se beneficiarían de la integración. La fusión daría a los proveedores un acceso más fácil a los mercados internacionales, así como mejoras y una mayor eficiencia en las redes de distribución, con una reducción de los costos logísticos. Como no había superposición en los mercados geográficos, la competencia no se habría visto afectada. En enero de 2008, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile decidió rechazar la propuesta por las razones siguientes: a) la puesta en práctica efectiva de la operación habría supuesto enormes cambios en la estructura del mercado, al crear una empresa dominante (integrada) en el sector de venta al por menor que controlaría todos los segmentos -por ejemplo, grandes tiendas, viviendas y alquileres- creando barreras a la entrada; b) la fusión supondría problemas de competencia sustanciales y duraderos (por ejemplo, el efecto sobre los precios, la cantidad y la calidad) en productos que son fundamentales para los consumidores chilenos, lo que también tendría repercusiones para los consumidores del extranjero; y c) al parecer los efectos contrarios a la competencia son superiores a los beneficios que supuestamente derivarían de la fusión. Las medidas de mitigación no son suficientes para compensar los riesgos que entraña la operación.

Comentario

53. Aunque el modelo empresarial de la venta al por menor integrada se está haciendo cada vez más frecuente, es importante establecer una diferencia entre una gran empresa de venta al por menor resultante de la competencia en el mercado de la que resulta de una fusión entre la principal empresa de ventas al por menor y su competidor más importante. Es probable que este tipo de fusión que abarca diferentes productos y reduce el número de agentes independientes cree problemas en el mercado en lugar de aportar beneficios. Por otra parte, dado el tamaño del mercado chileno, las oportunidades de crecimiento interno son escasas. Por consiguiente, es importante que un organismo de defensa de la competencia adopte políticas eficaces en el momento adecuado. Es también importante observar que las partes que proyectan una fusión siempre tendrán razones válidas, según su criterio, para llevar a cabo la fusión. Incumbe a los organismos de defensa de la competencia valorar estas razones teniendo en cuenta la legislación.

C. Alemania: fusión en el mercado de audífonos

54. La Oficina Federal de Cárteles (*Bundeskartellamt*) resolvió en 2007 un interesante caso de fusión transnacional. El 10 de noviembre de 2006, recibió una notificación de que Phonak Holding AG, establecida en Stäfa (Suiza), proyectaba adquirir a GN Store Nord (A/S), situada en Ballerup (Dinamarca), las empresas GN ReSound A/S, GN ReSound GmbH Hörtechnologie y GN US Holdings Inc. Las empresas que se proyectaba adquirir estaban situadas en Ballerup (Dinamarca), Münster (Alemania) y Minnesota (Estados Unidos). Abarcan las actividades comerciales de GN Nord A/S relativas a audífonos y se dedican al desarrollo, fabricación y venta de audífonos y accesorios para audífonos, así como de equipo de diagnóstico audiológico. Phonak es uno de los principales productores mundiales de audífonos. Los otros dos principales productores son Siemens y la empresa danesa William Demant/Oticon.

55. La *Bundeskartellamt* prohibió la concentración proyectada mediante una decisión emitida el 11 de abril de 2007. En opinión de la *Bundeskartellamt*, la adquisición de GN ReSound hubiera dado lugar a una posición oligopólica dominante colectiva de Siemens, Phonak y Oticon. Estas empresas ya estaban estrechamente vinculadas por diversas relaciones comerciales. Además, cooperaban en la esfera de las patentes básicas y las tecnologías adaptadas a

necesidades particulares, y habían instalado un amplio sistema de información sobre los mercados mediante la asociación central de la industria técnica y electrónica (Zentralverband Elektrotechnik und Elektrotechnikindustrie E.V., ZVEI). La estabilidad de las condiciones de la oferta y la demanda, el listado que abarca prácticamente a todo el mercado de todas las empresas oligopólicas con venta al por menor de audífonos y la transparencia sobre el momento de lanzamiento de nuevos productos ya facilitan una conducta paralela entre las empresas oligopólicas. Además, los precios medios de los audífonos vendidos por Siemens, Phonak y Oticon a los comerciantes al por menor no presentaban diferencias importantes.

56. La *Bundeskartellamt* llegó a la conclusión de que la competencia, que ya era débil en el marco del oligopolio existente, se hubiese convertido en insignificante después de la fusión, ya que la cuota de mercado conjunta habría aumentado hasta aproximadamente el 90%. Al absorber el potencial tecnológico y productivo de GN ReSound y al asegurarse, mediante nuevas adquisiciones, la posición principal del oligopolio en el sector de la tecnología de base, el oligopolio habría logrado eliminar la pequeña competencia potencial que quedaba en el mercado. La fusión habría debilitado aún más la innovación y la competencia basada en los precios, perjudicando en última instancia a los consumidores.

57. Aunque el proyecto de fusión se había iniciado en el extranjero, la *Bundeskartellamt* asumió sus facultades de prohibición basándose en el párrafo 2 del artículo 130 de la ley alemana contra las limitaciones de la competencia. De conformidad con esta disposición, dicha ley se aplicará a todas las limitaciones de la competencia que tengan efecto en su ámbito de aplicación, incluso si se han originado fuera de este ámbito (la denominada doctrina de los efectos). Los efectos internos del proyecto no eran cuestionados y también se habían cumplido las condiciones sobre límites de la cifra de negocios.

58. Sin embargo, las partes en la fusión alegaron que la *Bundeskartellamt* no tenía facultades para aplicar prohibiciones porque, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución, el principio de no intervención, como regla general del derecho internacional, era jerárquicamente superior a las disposiciones de la Ley contra las limitaciones de la competencia. En su opinión, la doctrina de los efectos sólo se ajusta al principio de no intervención si la aplicación de la legislación interna y las medidas basadas en la misma se limitan a esos efectos internos. Las partes en la fusión alegaron que, si el proyecto de fusión no era divisible en una parte nacional y una parte extranjera, las facultades para decidir una prohibición eran inaplicables. La *Bundeskartellamt* desestimó esos argumentos en su decisión y señaló que las normas generales del derecho internacional incluían no sólo la prohibición de ingerencia, sino también la doctrina de los efectos. Como en el caso de que se trataba la fusión no era divisible, la *Bundeskartellamt* asumió, de conformidad con la opinión predominante, que había facultades generales para establecer prohibiciones con respecto a la fusión en su conjunto, a fin de aplicar la finalidad del párrafo 1 del artículo 36 de la Ley contra las limitaciones de la competencia. Las partes en la fusión apelaron contra la decisión ante el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, y la causa aún está pendiente de resolución.

Comentario

59. En virtud del derecho internacional público, puede justificarse la aplicación de una ley nacional de control de las fusiones a una concentración realizada entre empresas establecidas en el extranjero cuando resulta previsible que la concentración propuesta tendrá un efecto sustancial

en el territorio de un Estado dado. Esta doctrina de los efectos es el fundamento de la aplicación de las leyes antimonopolios no sólo en Alemania, sino también en otras importantes jurisdicciones. En consecuencia, esto aumenta la necesidad de que los países en desarrollo establezcan una legislación y una política de la competencia que funcionen adecuadamente, así como una institución encargada de hacer aplicar la ley, a fin de preparar la base para esas intervenciones legales. En los casos en que una fusión extraterritorial afecta severamente al mercado local, como la descrita precedentemente, los países en desarrollo, en particular, deberían poder intervenir, especialmente cuando, como sucede en este caso, se ve afectado un sector esencial de una parte vulnerable de la sociedad.

D. Colombia: integración empresarial en el mercado de tubosistemas de PVC

60. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia informó sobre una operación llevada a cabo en marzo de 2007, por la cual MEXICHEM fortalecería su liderazgo al integrar a PAVCO S.A., Amanco Ltda., PVM S.A., Petroquímica Colombiana (PETCO) y Mexiquem Colombia S.A.; mediante el control de PETCO, MEXICHEM también controlaría a PAVCO (subsidiaria de Amanco Holding Inc.). La operación tendría efectos en el territorio nacional. Esta adquisición fortalecería la posición de MEXICHEM en América Latina en cuanto a la producción y comercialización de resinas y le daría la masa crítica necesaria para mantener su liderazgo regional en lo relativo a las resinas de policloruro de vinilo (PVC).

61. Tras el análisis llevado a cabo por la autoridad encargada de la competencia de Colombia, se constató que PETCO, el único proveedor de resina de PVC, impone un precio más elevado en el mercado interno que en los mercados extranjeros. En cuanto al mercado pertinente, es necesario en primer lugar referirse al mercado de resinas de PVC que se utilizan para fabricar tubos y accesorios hechos de PVC, es decir, el mercado primario o de insumos. Dados sus características, precios y usos potenciales, no hay sustitutos en el mercado; en cuanto al mercado geográfico, la producción de las mencionadas resinas de PVC se circunscribe al territorio nacional. En segundo lugar, en el mercado pertinente de los tubosistemas fabricados con PVC (mercado secundario), el mercado geográfico de los tubosistemas de PVC es también el territorio nacional. Habiendo analizado los mercados afectados (es decir, el mercado primario y el de tubosistemas), la Superintendencia llegó a la conclusión de que estos mercados estaban sumamente concentrados. Las empresas que deseaban entrar en el mercado de resinas de PVC necesitaban altos niveles de inversión y una larga experiencia en el sector. Las importaciones representan costos adicionales para los consumidores debido a los altos aranceles, fletes y seguros de transporte. En cuanto a los tubosistemas de PVC, PAVCO es la principal empresa en el mercado. Los mercados de accesorios y de tubos en general también están sumamente concentrados.

62. En cuanto a la forma en que la integración propuesta afecta a las condiciones de la competencia, se concluyó que, si la fusión se aceptara, la principal empresa podría restringir o suspender el suministro de insumos a los mercados secundarios. Estos insumos son: a) un alto porcentaje de resinas de PVC en los costos de producción de los tubosistemas de PVC, donde MEXICHEM tiene una posición dominante; b) escasas alternativas para conseguir otras fuentes debido a los elevados aranceles y costos de transporte; c) dificultades para obtener asistencia técnica y de servicios en el caso de los productos importados; y d) baja competitividad en el mercado.

63. Si PETCO y PAVCO se convirtieran en una única entidad mediante la propuesta de integración, controlarían el mercado primario e, indirectamente, los costos de los competidores de PAVCO en el mercado secundario (tubos de PVC). Además, MEXICHEM estaría informada de las cantidades, precios y otros detalles de los insumos primarios adquiridos por los competidores de PAVCO. Por otra parte, PAVCO se beneficiaría de materias primas obtenidas a los costos producidos por MEXICHEM. Esto aumentaría el poder de mercado de PAVCO y los demás competidores tendrían dos opciones: comprar las materias primas en las condiciones ofrecidas por PAVCO o bien importarlas o establecer otra empresa productora de resina. Esto necesariamente aumentaría los costos.

64. Mencionando la preocupación de que la fusión perjudicaría la competencia y el bienestar de los consumidores, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia emitió una resolución (julio de 2007) en la que desaprobaba la propuesta. No obstante, la decisión fue apelada y en septiembre de 2007 la Superintendencia volvió a examinar el caso y autorizó la integración de PAVCO en las operaciones de MEXICHEM en Colombia, con las condiciones siguientes: a) una condición estructural consistente en la venta de activos para la producción de tubosistemas de PVC a un tercero; y b) condiciones de comportamiento con arreglo a las cuales PETCO suministraría a los clientes locales condiciones de venta, precios, plazos de entrega, etc., adecuados. Una cuestión muy importante sería también el mantenimiento confidencial de la información, en particular con respecto a PAVCO. Un servicio de auditoría supervisaría el cumplimiento efectivo de estas condiciones, y se emitió una póliza de seguros para garantizar el cumplimiento de las obligaciones acordadas.

Comentario

65. A raíz de la apelación interpuesta por MEXICHEM (PETCO) y PAVCO, la operación fue finalmente aprobada, con sujeción a las condiciones establecidas por el organismo colombiano encargado de la competencia. Este caso muestra que, incluso cuando una operación resulta aprobada a raíz de una apelación, la autoridad encargada de la competencia aún puede imponer obligaciones que se deben respetar para evitar los efectos negativos de la operación. Debido a la sólida posición de MEXICHEM en la región, la SIC debe vigilar el cumplimiento de las empresas concertadas. La operación representa un precedente jurisprudencial para el análisis de casos de fusión en otros países que tienen condiciones similares.
