



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
19 de abril de 2012
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas
Comerciales Restrictivas

12º período de sesiones

Ginebra, 9 a 11 de julio de 2012

Tema 3 a) del programa provisional

Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley tipo y estudios relacionados con las
disposiciones del Conjunto de Principios y Normas

Prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y las economías en transición

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Si bien los países desarrollados han controlado con éxito los cárteles internacionales y las fusiones transfronterizas, la inmensa mayoría de los países en desarrollo se han quedado a la zaga. Tan solo un puñado de países en desarrollo logra reglamentar las prácticas anticompetitivas transfronterizas.

En este informe se estudian las experiencias de diversos países que presentan un buen historial en lo que respecta al control de las fusiones y a la aplicación de la legislación sobre los cárteles transfronterizos. Se exponen asimismo los retos concretos con que se enfrentan los países en desarrollo para controlar las fusiones y los cárteles internacionales, y se presentan varias medidas que podrían servir para superar esos problemas. Por lo que respecta a los cárteles internacionales, en el documento se proponen varias medidas de ámbito nacional que incluyen la creación de programas de indulgencia y el incremento de la aplicación de la legislación a los cárteles del propio país en primer lugar. En el plano internacional, se alienta a la cooperación internacional y se propone el establecimiento de una red internacional de obtención de información. Por lo que respecta a las fusiones transfronterizas, en el informe se destaca la importancia de la creación de capacidades y el desarrollo de aptitudes en el plano nacional. Se promueve la cooperación bilateral, regional e internacional mediante el intercambio de información y de opiniones sobre casos concretos y sobre metodologías y soluciones; y se destaca la necesidad de la coordinación entre las jurisdicciones afectadas por las fusiones internacionales.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-3	3
I. Enjuiciamiento de cárteles internacionales en los países en desarrollo.....	4-42	3
A. Experiencias de algunos países.....	7-13	4
B. Retos con que se enfrentan los países en desarrollo en su lucha contra los cárteles internacionales.....	14-29	5
C. Perspectivas futuras	30-42	9
II. Control de las fusiones transfronterizas en los países en desarrollo.....	43-75	15
A. Experiencias de algunos países.....	45-49	15
B. Dificultades asociadas al control de las fusiones transfronterizas para los países en desarrollo.....	50-65	16
C. El camino a seguir	66-75	20

Introducción

1. Las prácticas anticompetitivas transfronterizas pueden tener lugar, entre otros medios, en el contexto de los cárteles internacionales y las fusiones transfronterizas. Los cárteles internacionales tienen efectos nocivos para las economías y los consumidores de todos los países. Si bien sus efectos no son tan perjudiciales como los de los cárteles internacionales, las fusiones transfronterizas pueden tener también repercusiones considerables en las economías ya que cambian la estructura de los mercados y los hacen más vulnerables a las prácticas contrarias a la competencia. Por consiguiente, es importante eliminar los efectos contrarios a la competencia de las fusiones transfronterizas y luchar contra los cárteles. Sin embargo, las economías de los países en desarrollo y las economías en transición se enfrentan a numerosos problemas para hacer frente a las prácticas anticompetitivas transfronterizas.

2. En esta nota de antecedentes para el Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas en su 12º período de sesiones se examinarán las características actuales del control de los cárteles internacionales y las fusiones transfronterizas en los países en desarrollo y las economías en transición, se estudiarán los retos con que se enfrentan estos países en la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en esas esferas, y se propondrán ámbitos de cooperación¹.

3. Debido a las limitaciones que se imponen a la extensión de los documentos del período de sesiones, el presente informe se centra principalmente en los retos con que se enfrentan los países en desarrollo y las economías en transición respecto de las fusiones y los cárteles transfronterizos. En el informe no se examinarán los problemas que plantea el control de los cárteles y las fusiones en general.

I. Enjuiciamiento de cárteles internacionales en los países en desarrollo

4. En las dos últimas décadas se han obtenido importantes éxitos en la lucha contra los cárteles internacionales. Mientras que los países desarrollados han tenido un éxito notable en el enjuiciamiento de los cárteles internacionales, la inmensa mayoría de los países en desarrollo no han hecho avances en ese sentido. Solo un puñado de países en desarrollo parece luchar activamente contra los cárteles internacionales.

5. En este capítulo se estudian los elementos subyacentes de esa asimetría desde la perspectiva de un país en desarrollo. Se empieza con una breve exposición general de los enjuiciamientos de cárteles internacionales llevados a cabo por cinco países que han desplegado esfuerzos en este campo durante la última década. Tras examinar la experiencia de esos países se pasará a estudiar los principales retos con que se enfrentan los países en desarrollo y las economías en transición en la lucha contra los cárteles internacionales. Por último se analizarán las opciones de política que se presentan a los países en desarrollo para abordar esas cuestiones.

6. A los fines de la presente nota, por "cártel internacional" se entiende un cártel en el que están involucradas empresas establecidas en más de una jurisdicción o que afecta a más de una jurisdicción.

¹ Las observaciones del presente documento se basan en la información, datos y casos comunicados por el Brasil, Chile, México, la República de Corea, Sudáfrica y Turquía. La selección de esas jurisdicciones se basa en sus experiencias en la aplicación de las leyes sobre la defensa de la competencia a las fusiones y los cárteles transfronterizos, y en la representación geográfica.

A. Experiencias de algunos países

7. Cinco países, a saber, el Brasil, Chile, México, la República de Corea y Turquía, siguieron los pasos de los países desarrollados tradicionales y aplican activamente las leyes para luchar contra los cárteles internacionales. En esta sección se ofrece una visión general de los enjuiciamientos de cárteles internacionales en esas cinco jurisdicciones durante el período comprendido entre 2000 y 2011. Para realizar el estudio, la secretaría de la UNCTAD se basó en la información proporcionada por las autoridades de esos países sobre las actuaciones judiciales contra los cárteles internacionales y en otros estudios sobre esas cuestiones. (En el cuadro se presenta una muestra de los cárteles internacionales investigados o enjuiciados por esos países.)

1. Descripción general

8. Aunque los cinco países del grupo han incrementado sus actuaciones judiciales contra los cárteles internacionales, sus actividades en esta esfera son aún limitadas en comparación con las de los Estados Unidos de América o la Unión Europea (UE). Por ejemplo, entre 1990 y 2007, la División Antimonopolios de los Estados Unidos logró que se castigaran 67 delitos internacionales de fijación de precios². Durante el mismo período, el Brasil, que es el país más activo del grupo, investigó 10 cárteles internacionales³. Otro país activo en este campo, la República de Corea, enjuició a 8 cárteles internacionales entre 2000 y 2011⁴.

9. Como era de esperar, los cárteles mundiales más conocidos atrajeron la atención de esas jurisdicciones. El cártel de la carga aérea fue perseguido en varios continentes por el Brasil, la República de Corea y México. México ha impuesto multas a miembros de los cárteles de la lisina, el ácido cítrico y las vitaminas. El Brasil tomó medidas contra los cárteles de la lisina y las vitaminas. La República de Corea ha impuesto multas a miembros de los cárteles de los electrodos de grafito y las vitaminas.

10. En el caso de algunos cárteles internacionales se observa la tendencia a la división regional. La República de Corea investigó cárteles mundiales sobre productos de tecnología de la información, como los relacionados con los tubos de pantallas a color, los tubos de rayos catódicos y las pantallas de cristal líquido con tecnología de transistor de película delgada (TFT-LCD), mientras que el Brasil y Chile no han actuado respecto de esos cárteles. En el caso del cártel de los compresores de refrigeración se da la situación inversa. Mientras que la República de Corea no ha actuado, el Brasil y Chile están haciendo investigaciones al respecto. Por su parte, Turquía parece ocuparse de una serie de cárteles internacionales muy diferentes de los demás.

11. Es interesante observar la evolución de las actividades de lucha contra los cárteles. Si bien esos países empezaron siguiendo las investigaciones de los cárteles internacionales que ya habían sido enjuiciados por los países desarrollados, como en los famosos casos de la lisina o las vitaminas, en la actualidad esos países organizan redadas que se llevan a cabo simultáneamente con algunos países desarrollados.

² Connor, J. (2008). Latin America and the Control of International cartels, Social Science Research Network Working Paper.

³ Connor, J. (2009). Latin America and the control of International cartels. En: *Competition Law and Policy in Latin America*. Fox, E. y Sokol, D., eds. Hart Publishing. Oxford y Portland, Oregón.

⁴ Datos basados en la información proporcionada por la Comisión de Comercio Justo de la República de Corea.

2. Características comunes

12. Al estudiar las experiencias de esos países se observan varias características comunes. En primer lugar, la mayor parte de las investigaciones sobre cárteles internacionales realizadas por esos países cuentan con un cierto nivel de cooperación con países desarrollados, ya sea en forma de intercambio oficioso de información o de coordinación de inspecciones por sorpresa, lo que revela la importancia de la cooperación internacional con las autoridades de los países desarrollados. En segundo lugar, estos países recibieron solicitudes de indulgencia en casos recientes, lo que demuestra la importancia de los programas de indulgencia. Es interesante observar que en sus primeras investigaciones, como las relacionadas con las vitaminas y la lisina, no se recibieron solicitudes de indulgencia; dado que en esos casos las investigaciones eran continuación de las realizadas en otros países, ello parece indicar que el inicio de investigaciones de ese tipo no significa necesariamente que los miembros de los cárteles presenten solicitudes de indulgencia.

13. En tercer lugar, se requieren varios años para llevar a cabo el procesamiento de los cárteles internacionales, lo que indica que las investigaciones de esos cárteles son actividades muy prolongadas y requieren cuantiosos recursos. También se prolongaron varios años las investigaciones realizadas como continuación de otras, como las de los cárteles de las vitaminas y la lisina. Las investigaciones realizadas en el Brasil sobre los cárteles de las vitaminas y la lisina se prolongaron 7 y 11 años, respectivamente. En cuarto lugar, los casos en los que se logró enjuiciar a los cárteles internacionales coincidieron con campañas activas contra los cárteles nacionales o fueron precedidas por estas.

B. Retos con que se enfrentan los países en desarrollo en su lucha contra los cárteles internacionales

14. Los países en desarrollo se enfrentan a numerosos obstáculos para enjuiciar a los cárteles internacionales. Los retos que plantean las investigaciones de esos cárteles son difíciles de superar incluso para las autoridades de defensa de la competencia que han logrado llevar a juicio a cárteles nacionales. Aparte de los problemas generales de los países en desarrollo, en esta nota se examinarán los singulares retos con que se enfrentan esos países en las investigaciones sobre cárteles internacionales.

15. Los países en desarrollo detectan la existencia de un cártel internacional de diversas formas. La primera vía por la que tienen conocimiento del cártel es la presentación de una solicitud de indulgencia. La segunda es el anuncio público realizado por un país desarrollado de la inspección realizada o del enjuiciamiento de un caso. Otra posibilidad es que los países en desarrollo detecten un cártel internacional por sí mismos. Un ejemplo es el cártel del carbón para uso doméstico en Turquía⁵ en el que la autoridad turca inició la investigación tras recibir denuncias del público. No obstante, a la vista de las experiencias de esos cinco países, debe señalarse que esta última situación suele ser muy excepcional.

16. Está claro que, de los dos primeros escenarios, el de la solicitud de indulgencia es mucho más conveniente. Sin embargo, el segundo es más adecuado para muchos países en desarrollo. Si bien unos cuantos países en desarrollo han puesto en marcha programas de indulgencia, la inmensa mayoría de esos países carecen de ellos. Además, es bien sabido que los miembros de los cárteles toman decisiones estratégicas al elegir las jurisdicciones para presentar solicitudes de indulgencia y que tienen pocos incentivos para hacerlo en jurisdicciones pequeñas en las que no están muy expuestos o los trámites son muy prolongados. Muchos países en desarrollo están considerados pequeñas economías.

⁵ Véase la comunicación de Turquía al Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas en su séptimo período de sesiones (2006).

1. Reconocimiento de los cárteles internacionales e iniciación de investigaciones

17. Cuando no se presentan solicitudes de indulgencia, los países en desarrollo suelen tener conocimiento de la existencia de cárteles internacionales cuando los países desarrollados toman medidas de aplicación de sus leyes, que suelen hacer públicas en varias fases de sus procesos de investigación. El anuncio puede hacerse por medio de un comunicado de prensa sobre una inspección realizada en un determinado sector o bien por medio de declaraciones públicas sobre sus decisiones definitivas acerca de las investigaciones sobre los cárteles. Este tipo de información, y más probablemente la relacionada con las decisiones definitivas, puede ser utilizada por los países en desarrollo para iniciar las investigaciones sobre los mismos cárteles. Por ejemplo, el Brasil inició investigaciones sobre los cárteles de la lisina y las vitaminas a raíz de la conclusión de las investigaciones realizadas por los Estados Unidos⁶. Del mismo modo, la República de Corea empezó a investigar el caso de los electrodos de grafito después de conocer por la prensa las medidas coercitivas adoptadas por los Estados Unidos contra este cártel⁷.

18. Los anuncios públicos de las autoridades de los países desarrollados a veces no contienen suficiente información para que los países en desarrollo se pronuncien sobre la conveniencia de iniciar sus propias investigaciones acerca del mismo cártel. Como los documentos que se hacen públicos no constituyen pruebas físicas, aspecto que se examina en detalle más abajo, los países en desarrollo deben realizar investigaciones preliminares para determinar si los cárteles internacionales en cuestión afectan a sus propios mercados. A este respecto, la información adicional que puedan aportar los países desarrollados puede ser de suma utilidad para facilitar la evaluación que realizan los países en desarrollo. Por ejemplo, en el caso de la lisina, las transcripciones de las reuniones del cártel de la lisina proporcionadas por las autoridades de los Estados Unidos a las autoridades del Brasil revelaron que el Brasil estaba incluido en la distribución mundial de los mercados planeada por los miembros de ese cártel internacional⁸.

2. Falta de solicitudes de indulgencia

19. Por otra parte, incluso cuando los países en desarrollo inician investigaciones sobre cárteles internacionales que ya han sido enjuiciados por países desarrollados y cuya existencia es, por tanto, de conocimiento público, como se ha visto más arriba, el comienzo de las investigaciones en el mismo sentido no garantiza necesariamente que el cártel presente una solicitud de indulgencia. La experiencia adquirida al comienzo de sus actividades por los cinco países antes mencionados parece apuntar en dirección opuesta. Los miembros de los cárteles internacionales raramente deciden presentar una solicitud de indulgencia en esas jurisdicciones. En el caso de las vitaminas y los electrodos de grafito, aunque para entonces la República de Corea ya había establecido un programa de indulgencia, ninguno de los miembros del cártel presentó una solicitud de indulgencia a lo largo del proceso de enjuiciamiento, lo cual representó un importante obstáculo para las investigaciones de las autoridades de Corea. Así pues, lo más probable es que los países en desarrollo se vean obligados a realizar las investigaciones sin la ayuda de solicitudes de indulgencia, y que tropiecen con numerosos obstáculos para investigar a los cárteles internacionales.

⁶ UNCTAD (2003). Can developing economies benefit from WTO negotiations on binding disciplines for hard core cartels? UNCTAD/DITC/CLP/2003/3.

⁷ Véase la comunicación de la República de Corea al Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas en su séptimo período de sesiones (2006).

⁸ Véase la nota 5.

3. Falta de presencia física

20. En muchos casos los miembros de los cárteles internacionales no están físicamente presentes en los países en desarrollo. Cuando un cártel no tiene una sucursal o filial en su jurisdicción, los países en desarrollo se enfrentan a enormes dificultades para reunir pruebas suficientes de su existencia. Como los miembros del cártel se encuentran fuera de su jurisdicción, los países no pueden utilizar los instrumentos de investigación convencionales, como los registros por sorpresa, los interrogatorios o las solicitudes de declaraciones por escrito. Por consiguiente, sus investigaciones no pueden basarse más que en la cooperación voluntaria de los miembros del cártel, cooperación que estos últimos no se sienten inclinados a prestar.

21. Ni siquiera cuando existe una sucursal o filial en un país en desarrollo está garantizado que podrán realizarse las investigaciones. Los cárteles internacionales suelen estar organizados por oficinas centrales ubicadas en el extranjero y, por consiguiente, las sucursales o filiales ubicadas en países en desarrollo pueden no tener conocimiento o no disponer de documentos directamente relacionados con la formación o el funcionamiento del cártel.

22. La experiencia adquirida en este sentido por muchas jurisdicciones no resulta alentadora. En sus investigaciones sobre el cártel de los electrodos de grafito, por ejemplo, el organismo de defensa de la competencia de Corea pidió a los miembros del cártel ubicados en el extranjero que presentaran datos generales sobre sus empresas⁹. Los miembros del cártel cooperaron en cierta medida, pero sin ofrecer pruebas que demostraran la existencia del cártel. La experiencia de Turquía en la investigación del cártel del carbón es más desalentadora¹⁰. Tan pronto se inició la investigación, uno de los miembros del cártel cerró su oficina en el país. El famoso proceso del cártel de las vitaminas en el Brasil fue resultado de una investigación larga y difícil¹¹, aunque las operaciones en América Latina de las principales empresas del sector de las vitaminas tenían su centro en Brasil, y por consiguiente las autoridades brasileñas tuvieron ocasión de realizar registros por sorpresa en las oficinas principales de toda la región¹².

4. Pruebas materiales procedentes de las decisiones de países desarrollados

23. Cuando los países desarrollados han ultimado sus actuaciones judiciales contra los cárteles internacionales, los países en desarrollo pueden aprovechar el camino abierto por esos países. Las decisiones oficiales que suelen publicarse en el sitio web de un organismo extranjero o las pruebas confidenciales que este puede proporcionar pueden servir como pruebas en las actuaciones judiciales de muchos países. A los países en desarrollo les resultará más fácil demostrar la existencia del cártel si disponen de esas pruebas.

24. Con todo, las prácticas de investigación y las limitaciones jurídicas de los países desarrollados reducen considerablemente esas ventajas. La inmensa mayoría de las investigaciones sobre los cárteles internacionales que realizan las autoridades de los Estados Unidos terminan en una negociación de los cargos y la condena, por lo que quedan pocos documentos físicos que puedan ser utilizados por los países en desarrollo. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, la Comisión Europea, en cuanto que

⁹ Seon Hur, J. (2006). *Competition Law/Policy and Korean Economic Development*. Ziumm, Ltd. Seúl (República de Corea).

¹⁰ Véase la nota 4.

¹¹ Nemr, J. (2007). Brazil Government censures vitamin cartel. *International Enforcement Law Reporter*. Junio.

¹² Tavares de Araujo, M. (2002). The Brazilian Experience on International Cooperation in cartel Investigation. http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab21.pdf.

órgano administrativo, toma sus decisiones y las publica oficialmente en su página web. Sin embargo, las decisiones oficiales que se hacen públicas solo contienen datos no confidenciales y en ellas se ha suprimido gran cantidad de información fundamental. Las demás jurisdicciones adoptan un enfoque parecido y solo dan a conocer una versión pública de la decisión, o sus acciones judiciales culminan en acuerdos. Además, en muchas jurisdicciones el marco jurídico relativo a la confidencialidad impide el acceso de terceros, incluso de las autoridades de otros países, a la información confidencial.

25. Con todo, las decisiones judiciales, una vez pronunciadas, suelen hacerse públicas. Por consiguiente, las decisiones judiciales relacionadas con cárteles internacionales pueden ser valiosas fuentes de información para los países en desarrollo. Un ejemplo es la decisión relativa al asunto *Los Estados Unidos de América c. Mitsubishi Corporation* pronunciada por el tribunal de los Estados Unidos. En un pleito paralelo al caso del cártel de los electrodos de grafito, la empresa Mitsubishi fue acusada de ser cómplice y encubridora del cártel. La decisión judicial incluía pruebas y el testimonio de miembros del cártel. Como la decisión se hizo pública, el organismo de defensa de la competencia de los Estados Unidos pudo facilitar ese material a las autoridades de otros países. Esta decisión judicial fue sumamente valiosa para las investigaciones realizadas por la República de Corea sobre ese cártel¹³.

5. Traslado de documentos

26. Durante las investigaciones hay varios procedimientos indicados en la ley, como el aviso de la investigación, la notificación del pliego de cargos, la notificación de audiencias y la adopción de decisiones definitivas, que pueden requerir el traslado de documentos a los miembros del cártel. En general hay diversas formas de efectuar ese traslado. Si los miembros del cártel están físicamente presentes en las jurisdicciones de los países en desarrollo, estos pueden trasladar los documentos a sus sedes sociales. Cuando esa presencia física no existe, el traslado de documentos resulta complicado. La primera opción es trasladar los documentos a un agente que represente a los miembros del cártel. La segunda es trasladarlos a los miembros del cártel con la ayuda de los gobiernos de otros países. La tercera opción es trasladar los documentos directamente a las casas centrales ubicadas en el extranjero. Por último el traslado de documentos puede hacerse por anuncio público. Las opciones de que dispone un organismo de defensa de la competencia dependen en gran medida del marco jurídico de su jurisdicción. Generalmente, las distintas jurisdicciones tienen formas distintas de efectuar el traslado de documentos.

27. El traslado de documentos no consiste en un simple aviso, sino que por lo general tiene unos ciertos efectos legales en tanto que actuación administrativa o judicial. Cuando en el marco jurídico no se establecen normas claras sobre el traslado de documentos a empresas extranjeras ubicadas fuera del país, los efectos jurídicos pueden ser controvertidos. Una forma de evitar las controversias sobre los efectos jurídicos es pedir a los miembros del cártel que nombren a un representante legal, opción que depende en gran medida de la cooperación voluntaria de los miembros del cártel. Otra solución es establecer un acuerdo de cooperación bilateral entre las autoridades que contenga disposiciones sobre el traslado de documentos por las autoridades extranjeras.

28. Como era de esperar, la experiencia de las distintas jurisdicciones a este respecto varía. Chile recurrió a la ayuda de las autoridades extranjeras. En su primer caso relativo a un cártel internacional, el organismo de Chile se encontró en una situación en la que hubo de notificar a una de las partes establecida en el Brasil. Corriendo el importante riesgo de que se desestimaran los cargos, abordó el problema cursando una solicitud formal a las autoridades brasileñas. En sus investigaciones sobre el cártel de los electrodos de grafito, la

¹³ Véase la nota 8.

República de Corea pidió a los miembros del cártel que nombraran a representantes locales, pero estos no se mostraron muy dispuestos a cooperar. En vista de los malos resultados obtenidos, el organismo de Corea decidió trasladar los documentos directamente a las sedes sociales de los miembros de los cárteles al tiempo que emitía una notificación pública¹⁴. Los tribunales apoyaron el enfoque del organismo. La experiencia de Turquía es la peor. Según la norma de procedimiento prevista en el derecho turco, no se puede adoptar una decisión definitiva si los acusados no presentan por escrito sus alegaciones al informe de instrucción preparado por el organismo de defensa de la competencia. En el caso del cártel del carbón, la autoridad turca no pudo multar a una empresa extranjera a la que no se habían trasladado los documentos, aunque se había determinado que había estado involucrada en la fijación de precios¹⁵.

6. Período de exclusión

29. Cuando una jurisdicción inicia una investigación sobre un cártel internacional que ya ha sido enjuiciado por un país desarrollado, el período de exclusión puede ser un problema. En varias leyes sobre la competencia se establece un período, que suele oscilar entre dos y cinco años contados a partir del momento en que haya dejado de haber infracción, transcurrido el cual no pueden iniciarse actuaciones judiciales dentro de la jurisdicción. Dado el largo tiempo que requieren las investigaciones sobre los cárteles internacionales, el período de exclusión puede representar un obstáculo. En primer lugar, los países desarrollados pueden necesitar bastante tiempo para terminar las investigaciones. Como se ha señalado más arriba, los países en desarrollo que prosigan las investigaciones sobre el mismo cártel necesitarán también tiempo adicional para ultimar sus propias investigaciones. La experiencia del Japón muestra que esta situación no es meramente una posibilidad teórica. En los casos de los cárteles de las vitaminas y los electrodos de grafito, cuando el Japón terminó sus investigaciones solo pudo formular advertencias. Una de las principales razones de ello fue que había expirado el plazo¹⁶.

C. Perspectivas futuras

1. Posición respecto de las investigaciones de cárteles internacionales

30. Los países en desarrollo que no hayan enjuiciado a cárteles internacionales pueden beneficiarse en cierta medida de las medidas coercitivas adoptadas por otras jurisdicciones. La ventaja puede ser considerable, especialmente cuando el cártel internacional del caso tenga influencias en todo el mundo y las actuaciones judiciales en otras jurisdicciones resulten en la desarticulación de un cártel en todo el mundo.

31. Sin embargo, una jurisdicción no puede confiar completamente en que otras tomen medidas al respecto. Tal como observó el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, existe la posibilidad de que los cárteles internacionales operen a nivel mundial, salvo en las jurisdicciones en las que la lucha contra los monopolios es más enérgica y, por consiguiente, es mayor el riesgo de que sean severamente sancionados¹⁷. Como se ha explicado más arriba, la experiencia de un puñado de jurisdicciones demuestra que un cártel internacional puede también operar a nivel regional, por lo cual los países desarrollados que

¹⁴ Véase la nota 8.

¹⁵ Véase la nota 4.

¹⁶ Véase la exposición de Hiroyuki Yamashita en el taller de fomento de la capacidad del Grupo de expertos en la competencia de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental, Yakarta, 2011.

¹⁷ Véase la ponencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en el séptimo Foro Latinoamericano sobre Competencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (2009).

no se encuentran en esa región pueden no estar interesados ni incentivados para sancionar al cártel. Por tanto, sin la participación de los países en desarrollo no puede lograrse el nivel máximo de disuasión de los cárteles internacionales.

32. En vista del largo tiempo y de los cuantiosos recursos que son necesarios para llevar a cabo investigaciones de cárteles internacionales cuando los recursos son limitados, el enfoque más práctico para los países en desarrollo podría ser tomar decisiones estratégicas respecto de los casos que se desee enjuiciar. Estos países no pueden enjuiciar a cada uno de los cárteles internacionales de los que tienen noticia principalmente por las medidas de aplicación de la legislación tomadas por las autoridades de países desarrollados.

33. A este respecto, cabe destacar el enfoque adoptado por Nueva Zelanda. Este país no enjuicia a cada uno de los cárteles internacionales enjuiciados en las jurisdicciones más grandes, sino que centra sus esfuerzos en los cárteles internacionales que considera particularmente perjudiciales para su economía. Al aplicar el criterio de perjuicio concreto para el país, Nueva Zelanda parece utilizar un umbral bastante alto. Por ejemplo, en el caso de un cártel internacional en el que el producto investigado era un insumo de un producto muy vendido en su jurisdicción, el organismo de defensa de la competencia de Nueva Zelanda cerró la investigación, mientras que muchas otras jurisdicciones tomaron medidas al respecto. La decisión se basó en su determinación de que el aumento del costo no incidía suficientemente en el producto final vendido en Nueva Zelanda¹⁸.

2. Establecimiento de programas de indulgencia

34. No hay duda de que los programas de indulgencia son el instrumento de investigación de cárteles más eficaz. En algunos casos, como se ha señalado más arriba, los países pueden iniciar acciones judiciales contra cárteles internacionales sin que se haya presentado una solicitud de indulgencia. Sin embargo, sin este tipo de solicitud, se enfrentan a varios obstáculos importantes que muy probablemente resultarán en una incapacidad de actuar tras unas arduas y prolongadas investigaciones. La experiencia del Japón en el caso de las vitaminas es un buen ejemplo de ello. Aunque el cártel ya había sido enjuiciado en los Estados Unidos y la Unión Europea, y dos de los miembros del cártel eran empresas japonesas, el organismo del Japón no consiguió demostrar la existencia del cártel y solamente formuló una advertencia sin imponer una multa. El Japón atribuyó este fracaso a la falta de un programa de indulgencia, a la que atribuyó su escasa capacidad para obtener información de los miembros del cártel¹⁹.

35. Por otra parte, como muchas investigaciones de cárteles internacionales han demostrado, los programas de indulgencia son un instrumento eficaz de cooperación internacional. Junto con las dispensas obtenidas de los solicitantes de indulgencia cuando se presentan solicitudes en varias jurisdicciones, los programas de indulgencia promueven el intercambio de información, así como de pruebas confidenciales, entre las autoridades de la competencia. También permiten a los organismos coordinar estrechamente sus investigaciones desde el principio, así como la realización de inspecciones por sorpresa simultáneas, que a su vez son de utilidad para las acciones judiciales de cada jurisdicción. Se observa una tendencia creciente a la cooperación internacional limitada a las autoridades que reciben solicitudes de indulgencia. Dadas las ventajas que presentan las solicitudes, debería concederse la máxima prioridad al establecimiento de un programa eficaz de indulgencia.

¹⁸ Basado en información recibida del organismo de Nueva Zelanda.

¹⁹ Véase la nota 15.

3. Cooperación internacional

36. Sin embargo, no debe subestimarse la cooperación oficiosa entre las autoridades de defensa de la competencia. En los casos en los que los países en desarrollo no dispongan de programas de indulgencia o de un acuerdo de cooperación oficial con otros países, la cooperación oficiosa puede ser sumamente valiosa para sus investigaciones sobre cárteles internacionales. Por ejemplo, cuando las autoridades del Brasil se enfrentaron al mismo problema en sus investigaciones del cártel de las vitaminas, la cooperación oficiosa del Canadá sirvió para determinar con exactitud los aspectos que debían investigarse, lo que demuestra la eficacia de las redes informales.

37. Las actividades mundiales de cooperación pueden aprovechar la labor realizada anteriormente. Como señalaron el Canadá y el Senegal²⁰, el mero fomento del intercambio de información pública por medio de una red de obtención de información sería de utilidad a todos los participantes, en especial a las autoridades de los países en desarrollo.

38. La red de obtención de información puede servir para establecer un sistema para alertar a los organismos de defensa de la competencia de la existencia de cárteles que ya hayan sido enjuiciados, así como de técnicas de detección y de obtención de pruebas. Otra idea podría ser establecer un banco de datos internacional con una lista de todos los miembros de cárteles o de empresas involucradas en infracciones graves y reiteradas. Esos planes garantizarían la continuidad de las actividades internacionales de enjuiciamiento de cárteles y servirían de advertencia clara de que se enjuiciará a los cárteles en otras jurisdicciones.

4. Creación de capacidades y de reputación

39. Para atraer las solicitudes de indulgencia de los miembros de cárteles internacionales, los países en desarrollo deben, como primera medida, incrementar sus actividades de lucha contra los cárteles, tal vez empezando por los cárteles del propio país, con el fin de aumentar su capacidad y labrarse una reputación respecto de la lucha contra los cárteles en general. La experiencia adquirida por los países mencionados avala esta propuesta. Esos países empezaron a atraer la atención de los cárteles internacionales tras un período de varios años en los que adoptaron medidas contra los cárteles del propio país.

40. En algunos casos se forman series de cárteles análogos en los que participa el mismo grupo de empresas multinacionales que operan en varias jurisdicciones. Dado que cada uno de esos cárteles afecta tan solo a un país y no existe un sistema eficaz para confirmar que tiene carácter internacional, esos cárteles no son, por definición, internacionales, sino nacionales. Sin embargo, no cabe duda de que los cárteles tendrán algunas facetas internacionales. Las empresas multinacionales realizan sus negocios en varios países, por lo que entran en contacto con muchos mercados; este contacto frecuente facilita a su vez la formación y funcionamiento de los cárteles dentro de una región.

41. La experiencia de América Latina ofrece un buen ejemplo a este respecto. Varias empresas multinacionales de suministro de oxígeno médico a hospitales formaron cárteles de manipulación de licitaciones en varios países de América Latina. Siguiendo los pasos de la Argentina, los organismos de defensa de la competencia del Perú, Chile y Panamá lograron emprender acciones judiciales contra esos cárteles²¹.

²⁰ Véanse las ponencias del Canadá y el Senegal en el Foro Mundial de la OCDE sobre el mejoramiento de la cooperación en la investigación de cárteles (2012).

²¹ OCDE (2006). Derecho y política de la competencia en América Latina; OCDE (2010). Derecho y política de la competencia en Panamá. Examen inter-pares; ponencia del Perú en el taller sobre cooperación económica Asia-Pacífico celebrado en Penang (2011).

42. Tal como demuestra la experiencia de esos países, este tipo de investigación de cárteles ofrece diversas ventajas. Las empresas multinacionales tienen presencia física, lo que permite a las autoridades de los países afectados emplear instrumentos de investigación tradicionales, tales como las inspecciones por sorpresa. El traslado de documentos no plantea ningún problema. El intercambio de información oficiosa puede ser suficiente para orientar las investigaciones de seguimiento. Otra ventaja importante, en especial para los países en desarrollo, es que puede aumentar su reputación como jurisdicciones que luchan activamente contra los cárteles entre las empresas multinacionales que suelen ser miembros de cárteles mundiales.

Ejemplos de cárteles internacionales investigados y/o juzgados por cinco jurisdicciones seleccionadas

<i>País</i>	<i>Tipos de cártel</i>	<i>Producto</i>	<i>País de origen de las empresas inculpadas</i>	<i>Zonas afectadas</i>	<i>Período de investigación</i>	<i>Solicitud de indulgencia</i>	<i>Presencia física</i>	<i>Cooperación internacional</i>
Brasil	Fijación de precios Limitación de la producción	Lisina	Europa, Japón, América del Norte	Mundo	2000-2011	No	Filial	Estados Unidos
	Fijación de precios Limitación de la producción	Vitaminas	Europa, Estados Unidos	Mundo	2000-2007	No	Sede regional	Estados Unidos, UE
	Fijación de precios	Mangueras marinas	Estados Unidos, Reino Unido, UE, Brasil, Japón	Mundo	2007 hasta la actualidad	Sí	n.a.	Estados Unidos, UE, Reino Unido, Japón
República de Corea	Fijación de precios Repartición del mercado	Electrodos de grafito	Japón, Alemania, Estados Unidos	Mundo	Noviembre de 2000 a abril de 2002	No	Sin presencia	Estados Unidos, UE
	Fijación de precios	Fletes aéreos	19 países, incluida la República de Corea	Mundo	Diciembre de 2005 a noviembre de 2010	Sí	Oficina principal y filiales	Estados Unidos, UE
	Fijación de precios Limitación de la producción	Pantallas de cristal líquido con transistores de película delgada	República de Corea, Taiwán (Provincia china de)	Mundo	Marzo de 2006 a diciembre de 2011	Sí	Oficina principal	Estados Unidos, UE

<i>País</i>	<i>Tipos de cártel</i>	<i>Producto</i>	<i>País de origen de las empresas inculpadas</i>	<i>Zonas afectadas</i>	<i>Período de investigación</i>	<i>Solicitud de indulgencia</i>	<i>Presencia física</i>	<i>Cooperación internacional</i>
México	Fijación de precios	Ácido cítrico	Alemania, Bélgica, Estados Unidos	Mundo	1998-2001	No	Filial	Estados Unidos
	Fijación de precios Limitación de la producción	Vitaminas	Alemania, Bélgica, Francia	Mundo	1999-2002	No	Filial	Estados Unidos
Turquía	Fijación de precios Limitación de la producción	Carbón	Austria, Suiza	Turquía	2003-2010	No	Filial	No
Chile	Fijación de precios	Refrigeradores Compresores	Brasil, Japón, otros países	Mundo	2010 hasta la actualidad	Sí	Sin presencia	Estados Unidos, UE, Brasil, otros

Fuente: Basado en la información recibida de los organismos reguladores de la competencia.

II. Control de las fusiones transfronterizas en los países en desarrollo

43. Las dos últimas décadas han sido testigo de la eliminación de las fronteras comerciales. La rapidez con que se ha producido la liberalización en un elevado número de países en desarrollo y economías en transición ha contribuido a la proliferación de las operaciones mercantiles transnacionales. En consecuencia, el mundo ha presenciado un aumento de las fusiones transfronterizas.

44. A los efectos del presente documento, el término "fusión transfronteriza" se refiere a las fusiones de empresas establecidas en más de una jurisdicción o cuyos efectos se extienden a mercados en varias jurisdicciones. Por lo tanto, las fusiones transfronterizas pueden implicar directamente a empresas locales o a empresas transnacionales extranjeras, pero inciden en el mercado de un tercer país²². En el presente documento se emplean indistintamente los términos "fusión transfronteriza", "fusión internacional" y "fusión transnacional".

A. Experiencias de algunos países

45. Los países desarrollados tienen mucha experiencia en el control de las fusiones transfronterizas. Muchos países en desarrollo tienen poca o ninguna experiencia en este ámbito, sobre todo debido a limitaciones de capacidad y disponibilidad de recursos. Entre 2000 y 2011, algunos países como el Brasil, Chile, la República de Corea, México, Sudáfrica y Turquía han acelerado las medidas de tramitación de expedientes de fusiones transfronterizas. Esta tendencia ha adquirido mayor importancia en los últimos cinco años.

46. A partir de la experiencia de esos seis países cabe formular algunas observaciones. El examen de las fusiones transfronterizas realizadas en esas jurisdicciones se ha centrado sobre todo en las fusiones horizontales. Pese a ser poco frecuentes, se han producido casos de fusiones verticales y conglomeradas, especialmente en Sudáfrica y Turquía. Las industrias afectadas por las fusiones transfronterizas examinadas por esas jurisdicciones pertenecen a los sectores de la tecnología de la información y las comunicaciones, la química, la minería, los productos farmacéuticos, la energía y el transporte aéreo.

47. Por lo que se refiere a la presencia física de las partes que se fusionan en el país de evaluación, en la mayoría de los ejemplos de casos presentados por el Brasil, Chile, México, Sudáfrica y Turquía al menos una de las partes de la fusión tiene una filial en dicho país. Sin embargo, en la República de Corea las partes que se fusionan no suelen tener presencia física en el país.

48. En cuanto a las decisiones relativas a las fusiones transfronterizas, se imponen medidas correctivas. La autorización de la mayoría de las fusiones transfronterizas ha estado supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones, en su mayoría ventas parciales, en cinco de los países seleccionados, excepto Sudáfrica. En Sudáfrica, de las aproximadamente 190 fusiones transfronterizas examinadas entre 2000 y 2011, todas fueron autorizadas y solo 23 fueron aprobadas condicionalmente. Singapur es una excepción por ser una economía pequeña abierta. En Singapur, de las 28 fusiones examinadas desde la entrada en vigor de su régimen de control de fusiones a mediados

²² Ponencia de la UNCTAD en la Mesa redonda sobre el control de las fusiones transfronterizas, Foro Mundial de la OCDE sobre Competencia (2011).

de 2007, 18 tenían carácter transnacional²³. Singapur no ha impuesto medidas correctivas a las fusiones transfronterizas que ha examinado y autorizado hasta la fecha.

49. La experiencia de estos seis países demuestra que realizan sus propios exámenes de las fusiones, incluso en los casos en que las fusiones son evaluadas también por otras jurisdicciones, lo cual obedece a las preocupaciones relacionadas con la competencia en sus mercados. Existen también casos de cooperación, en particular entre las jurisdicciones seleccionadas y la Unión Europea o los Estados Unidos.

B. Dificultades asociadas al control de las fusiones transfronterizas para los países en desarrollo

1. Notificación

50. Existen tres sistemas de notificación de las fusiones:

a) El sistema de notificación previa a la fusión, en que las partes que se fusionan deben notificar la fusión antes de concluir la operación;

b) El sistema de notificación posterior a la fusión, que puede ser voluntaria u obligatoria;

c) El sistema de notificación voluntaria, en que la notificación tiene carácter voluntario y se realiza antes o después de la fusión.

51. Por lo que se refiere a muchos países en desarrollo, existe el riesgo de que las partes no notifiquen la fusión internacional, sobre todo en las jurisdicciones con sistemas de notificación voluntaria. Además, esos países experimentan problemas relacionados con la puntualidad en la presentación de información sobre la transacción y el respeto de la legislación local en las fusiones entre empresas extranjeras. Por lo que respecta a las notificaciones de las operaciones propuestas, las empresas multinacionales conceden prioridad a las jurisdicciones más grandes y experimentadas, e informan a las "jurisdicciones no prioritarias" en etapas más avanzadas del proceso de fusión²⁴. Ello ejerce mucha presión en estas últimas en cuanto a tiempo y recursos, y genera frustraciones y conflictos que podrían evitarse si la notificación se realizara puntualmente.

52. El hecho de que una fusión se notifique antes o después de realizarse reviste importancia. En las jurisdicciones con sistemas de notificación posterior a la fusión, el problema de las fusiones transfronterizas estriba en que estas pueden comunicarse después de haber sido autorizadas y aplicadas en otras jurisdicciones. En tales casos, puede ocurrir que las jurisdicciones sean renuentes a desaprobar la fusión, aunque pueda tener efectos contrarios a la competencia.

53. Antes de que se introdujeran las modificaciones que entraron en vigor el 30 de mayo de 2012 y que exigen la notificación previa de las fusiones, el sistema de notificación de fusiones del Brasil entraba en la segunda categoría enunciada. Los retrasos en la notificación a las autoridades brasileñas encargadas de la competencia no eran infrecuentes en las fusiones transfronterizas. Sin embargo, esas dilaciones no suponían un gran inconveniente. El verdadero problema se plantea cuando la fusión transfronteriza se realiza antes de que el organismo regulador de la competencia de un país afectado por la fusión dé

²³ Ponencia de Singapur en la Mesa redonda de la UNCTAD sobre prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y los países con economías en transición, 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (2012).

²⁴ Ponencia de Sudáfrica en la Mesa redonda sobre el control de las fusiones transfronterizas, Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia (2011).

su visto bueno. En ese caso, la capacidad de ese organismo para imponer medidas eficaces en relación con la transacción notificada y cooperar con la autoridad extranjera encargada de la competencia se ve coartada²⁵.

54. Cuando la notificación es obligatoria, si las partes en una fusión internacional no notifican la operación el organismo regulador de la competencia puede informar a las empresas interesadas de su obligación de notificar, ya sea por correo electrónico o a través de las empresas afiliadas en el país o de los clientes con los que trabajen. En algunos casos, los organismos se dirigen a los grandes bufetes de abogados nacionales, que suelen tener contactos con los principales bufetes de los Estados Unidos y la Unión Europea²⁶.

55. Una de las dificultades con que tropiezan las economías pequeñas en las fusiones entre grandes empresas extranjeras es que las partes tienden a basar sus notificaciones en los datos utilizados para presentar información en otras jurisdicciones. En su comunicación a la UNCTAD, Singapur indica que muchas veces las empresas extranjeras que participan en una fusión internacional no facilitan datos específicos sobre el país, y que solo están interesadas en obtener la aprobación de las jurisdicciones más grandes. Singapur señala también la dificultad de determinar qué repercusiones concretas tendrá la fusión para el país cuando las partes en la fusión llevan a cabo una amplia gama de actividades en todo el mundo. Pese a estas dificultades, la Comisión de la Competencia de Singapur ha examinado todas las fusiones transfronterizas que se le han notificado, independientemente de que se tratase de una fusión transfronteriza o de que fuese examinada por otra jurisdicción.

2. Acceso a la información

56. El organismo regulador de la competencia en los países en desarrollo y las pequeñas economías a veces tiene dificultades para recabar información y para recuperar los cuestionarios que envía a las partes en fusiones transfronterizas en las que no participan empresas locales, y también cuando las partes no tienen oficinas en su territorio. En esos casos, una forma de obtener información es entrar directamente en contacto con las partes interesadas o solicitar la asistencia de las representaciones diplomáticas en los respectivos países²⁷. Otra opción consiste en cooperar con organismos extranjeros de regulación de la competencia. Sin embargo, como ocurre con los cárteles internacionales, la confidencialidad de los datos y la información recibida de las partes que participan en una operación obstaculizan la comunicación de determinados datos.

57. Otra de las dificultades para acceder a la información es la del idioma de comunicación. La mayoría de los datos recopilados por las partes en una fusión internacional están en inglés, lo cual implica que el personal del organismo regulador de la competencia en los países no angloparlantes debe tener un conocimiento suficiente de ese idioma. La cuestión del idioma representa un problema para la cooperación entre las autoridades de la competencia incluso dentro de una misma región²⁸.

²⁵ Botta, M. (2011). *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*. International Competition Law Series. Wolters Kluwer.

²⁶ Ponencia de la República de Corea en la Mesa redonda de la UNCTAD sobre prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y los países con economías en transición, 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (2012).

²⁷ Véase la nota 25.

²⁸ Véanse las notas 22 y 25.

3. Medidas correctivas

58. La decisión de imponer medidas correctivas, así como de elegir las y concebirlas en el caso de las fusiones internacionales, depende de la estructura del mercado y de la posición de las partes en la fusión en las jurisdicciones de que se trate. En algunas jurisdicciones, una fusión internacional puede ser autorizada sin condiciones, mientras que en otras podrían requerirse ciertas medidas. Muchas jurisdicciones solo contemplan medidas que protejan la competencia a nivel nacional. Si una jurisdicción desea imponer restricciones que vayan más allá de los aspectos relacionados con la competencia en su mercado, es posible que se considere que se excede en la aplicación de sus facultades soberanas más allá de sus fronteras²⁹. La dificultad para imponer medidas correctivas y vigilar su cumplimiento es otro de los problemas que podrían condicionar la adopción de medidas por el organismo regulador de la competencia en los casos de fusión internacional³⁰.

59. En la actualidad, unas pocas jurisdicciones de gran tamaño controlan por completo las fusiones internacionales a gran escala e imponen medidas para hacer frente a los efectos contrarios a la competencia en sus mercados. Por consiguiente, es posible que no se estén controlando adecuadamente las repercusiones negativas de las fusiones para los países en desarrollo³¹. Los países en desarrollo han adoptado dos escenarios en relación con las medidas relativas a las fusiones transfronterizas. Uno de los escenarios consiste en que un país pequeño o en desarrollo sigue la senda trazada por una jurisdicción desarrollada ya sea a) absteniéndose de adoptar medidas o b) examinando la fusión e imponiendo las mismas condiciones que las jurisdicciones desarrolladas siempre y cuando esas condiciones le permitan evitar los efectos contrarios a la competencia. El segundo escenario consiste en que los países en desarrollo examinan la fusión e imponen condiciones diferentes teniendo en cuenta sus propias necesidades en materia de competencia.

60. Un buen ejemplo de la situación b) del primer escenario es la fusión de Dow Brasil y Rohm and Haas Química, realizada el 10 de julio de 2008 entre esas dos sociedades *holding* con sede en los Estados Unidos. La fusión se notificó al Brasil el 31 de julio de 2008. Hasta esa fecha, la fusión había sido evaluada y aprobada por muchas otras jurisdicciones, como Sudáfrica, Turquía, el Canadá, China, México y la Unión Europea. La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos examinó también la fusión y ordenó al Dow Group que vendiese sus activos productivos en el mercado pertinente. Las autoridades brasileñas examinaron la decisión de la Comisión Federal al realizar su análisis y decidieron que las condiciones impuestas disipaban las preocupaciones del Brasil en cuanto a la competencia³². Son también buenos ejemplos la fusión de Manitowoc y Enodis y la fusión de Thomson y Reuters, en las que Singapur decidió que las condiciones impuestas por la Unión Europea en el primer caso y por los Estados Unidos y la Unión Europea en el segundo resolverían las preocupaciones de Singapur en materia de competencia³³.

61. Un buen ejemplo del segundo escenario es la adquisición de Alcon por Novartis, que fue evaluada por México y otras jurisdicciones, como la Unión Europea y China. Este caso demuestra que algunos organismos reguladores de la competencia relativamente más experimentados de los países en desarrollo pueden concebir y aplicar sus propias medidas correctivas, incluso las de carácter estructural —como la enajenación—, para garantizar la

²⁹ Observaciones de William Kovacic sobre un borrador del presente documento.

³⁰ International Competition Network Merger Remedies Review Report (2005).

³¹ Ponencia de la República de Corea en la Mesa redonda sobre el control de las fusiones transfronterizas, Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia (2011).

³² Ponencia del Brasil en la Mesa redonda sobre el control de las fusiones transfronterizas, Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia (2011).

³³ Véase la nota 22.

competencia en sus mercados. En esta fusión internacional, la Comisión Federal de Competencia de México llegó a la conclusión de que la fusión propiciaría una mayor concentración y, por consiguiente, generaría problemas de competencia en el mercado pertinente. El 21 de julio de 2010, la Comisión recibió una propuesta de las partes en la fusión de deshacerse del producto cuyo mercado resultaría perjudicado por la transacción en México. La Comisión aceptó esa medida estructural a reserva de varias condiciones impuestas a las partes³⁴.

62. En cuanto al segundo escenario, existen situaciones en que la decisión adoptada por el organismo regulador de un país en desarrollo no resuelve los problemas de competencia en otro país en desarrollo. Por lo tanto, el organismo nacional de regulación quizás deba realizar su propio análisis. Un buen ejemplo de ello es la adquisición por Mexichem de la filial PAVCO de Amanco en marzo de 2007, en que la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia debió enfrentarse a un problema de competencia local derivado de las especificidades del mercado colombiano realizando sus propias investigaciones. Mexichem es el mayor productor de resinas y compuestos de policloruro de vinilo (PVC) en México y PAVCO es uno de sus clientes y el principal fabricante de tuberías de PVC de América Latina. El Brasil y México autorizaron la fusión, mientras que la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia bloqueó la transacción en una decisión de 16 de julio de 2007³⁵. La Superintendencia consideró que Mexichem y PAVCO ocupaban una posición dominante en sus respectivos mercados y que su integración vertical resultaría perjudicial para la competencia. Las barreras a la entrada eran considerables debido a los elevados derechos de importación de resina vinílica, que en Colombia solo produce PAVCO. Por consiguiente, la autorización de la fusión aumentaría aún más las barreras a la entrada.

63. Otra cuestión importante en las fusiones internacionales es la posibilidad de que se produzca un conflicto entre las decisiones o condiciones de distintas jurisdicciones y el modo de resolver esas situaciones. En su comunicación, la República de Corea señala que podrían darse casos en que los enfoques diferentes de los organismos reguladores de la competencia se reflejen en las medidas adoptadas. Sin embargo, esos casos no pueden considerarse como "conflictos", y las disparidades no impiden la fusión. Cuando los organismos reguladores en jurisdicciones distintas trabajan de manera coordinada, la República de Corea comparte muchas de las opiniones expresadas sobre las prácticas contrarias a la competencia y las medidas correctivas finales por adelantado. Ello ayuda a las autoridades a adoptar puntos de vista que resultan similares³⁶. Aunque las decisiones finales difieran, ello no representa un problema porque los organismos reguladores tienen derecho a dictar medidas correctivas basándose en su propia evaluación.

4. Falta de capacidad

64. Para los organismos reguladores de la competencia de reciente creación con recursos humanos y financieros limitados no resulta fácil evaluar las fusiones transfronterizas, especialmente cuando se producen entre empresas multinacionales extranjeras. Además, este tipo de fusiones suelen realizarse entre empresas muy grandes y requieren un análisis detallado y exhaustivo de los efectos potenciales para los mercados de los países en desarrollo. La falta de recursos, experiencia y conocimientos técnicos puede dificultar el examen de esas fusiones por las autoridades encargadas de la competencia en los países en desarrollo.

³⁴ Resolución de la Comisión Federal de Competencia, expediente N° CNT-017-2010 (versión no confidencial), 31 de agosto de 2010; Decisión de la Comisión Europea sobre el asunto N° COMP/M.5778 – NOVARTIS/ALCON.

³⁵ Joseph Krauss (2009). Merger policy in Latin America. En Fox, E. y Sokol, D., eds. *Competition Law and Policy in Latin America*. Hart Publishing. Oxford y Portland, Oregón.

³⁶ Véase la nota 25.

65. Por lo que se refiere a la fusión entre Western Digital y Viviti Technologies, pese a que el producto en cuestión forma parte de la cadena mundial de producción y distribución de la industria informática, que tiene mucho peso en los países asiáticos en desarrollo, ninguno de esos países, excepto China, examinó la fusión, pese a que podía afectar a la competencia en sus mercados. El director de la autoridad antimonopolio de China declaró, en diciembre de 2011, que el Ministerio de Comercio del país, que está adquiriendo una creciente influencia en el control de las fusiones internacionales, buscaría soluciones adecuadas a sus problemas³⁷.

C. El camino a seguir

1. Crear capacidad o reforzar la existente

66. Los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo deben aumentar y reforzar su capacidad para examinar las fusiones transfronterizas. Pueden comenzar fortaleciendo su capacidad de aplicación realizando controles de las fusiones a nivel nacional y evaluando las fusiones internacionales cuando el personal haya adquirido suficiente experiencia. El perfeccionamiento profesional del personal del organismo competente y la judicatura es fundamental para llevar a cabo un control eficaz de las fusiones.

67. La participación del organismo regulador de la competencia y los miembros de la judicatura que se ocupan de los casos relacionados con la competencia en marcos de cooperación internacionales, regionales y bilaterales y en foros internacionales sobre competencia, como la Red Internacional para la Competencia, la OCDE y la UNCTAD, reviste también gran importancia. Ello permitiría al personal de dicho organismo realizar actividades de sensibilización, mejorar las relaciones de trabajo e intercambiar experiencias con sus homólogos en otros organismos en el ámbito de las fusiones transfronterizas, además de solicitar asistencia técnica.

68. En vista del elevado número de fusiones que se están produciendo en todo el mundo, debería considerarse la posibilidad de dar prioridad al examen de los casos de fusión transfronteriza a fin de hacer un uso eficiente y eficaz de los recursos de que disponen los organismos reguladores de la competencia en los países en desarrollo. En los casos en que varias jurisdicciones estén interesadas en una misma fusión internacional, los países en desarrollo y las economías pequeñas pueden seguir los pasos de las grandes jurisdicciones, que disponen de más recursos para lidiar con esas fusiones y tienen más peso en la negociación y la aplicación de las condiciones impuestas a las partes en la fusión.

2. Cooperación entre organismos de regulación de la competencia

69. La cooperación en materia de prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales, es una de las medidas internacionales del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas negociado bajo los auspicios de la UNCTAD. La recomendación de la OCDE sobre el control de las fusiones, de 2005, insiste en la importancia de la cooperación y la coordinación en el examen de las fusiones transnacionales.

70. La cooperación en el control de las fusiones transfronterizas puede tener lugar a nivel multilateral, regional y bilateral. La cooperación puede verse facilitada por las disposiciones sobre competencia que figuran en arreglos regionales o bilaterales, o producirse de forma oficiosa cuando los funcionarios competentes de distintas jurisdicciones cooperan en casos concretos. En su comunicación, Chile resalta la necesidad

³⁷ <http://www.businessweek.com>.

de cooperar en las fusiones transfronterizas, sobre todo por lo que respecta a la evaluación de las condiciones que deben imponerse. Aunque Chile ha firmado acuerdos de libre comercio que contienen disposiciones sobre la competencia, y memorandos de entendimiento, ha recurrido a la cooperación directa extraoficial con organismos extranjeros con mayor frecuencia y opina que ha sido de gran utilidad, sobre todo para determinar y diseñar las medidas oportunas. La fusión de las aerolíneas LAN (Chile) y TAM (Brasil) examinada tanto por Chile como por el Brasil es un buen ejemplo de cooperación oficiosa. Los funcionarios chilenos de la competencia cooperaron con sus homólogos en otras jurisdicciones e intercambiaron experiencias sobre los métodos y los instrumentos que pueden utilizarse para calcular los efectos y los riesgos potenciales de la fusión. Además, solicitaron asesoramiento acerca de las medidas satisfactorias adoptadas en casos similares y las que convendría evitar³⁸.

71. La República de Corea señala que, en casos recientes de fusiones internacionales, la evaluación de los efectos contrarios a la competencia y las condiciones impuestas han sido similares³⁹. Ello podría deberse a la coordinación entre organismos reguladores de la competencia que examinan una misma fusión. El caso más destacado es la adquisición reciente de Viviti Technologies (Viviti) de Singapur por Western Digital de los Estados Unidos, que ocupan el segundo y tercer lugar entre los productores de discos duros del mundo, respectivamente. La Unión Europea aprobó la fusión el 23 de noviembre de 2011, con condiciones. Tras la decisión de la Unión Europea y en vista del compromiso de Western Digital, tanto Australia como el Japón y la República de Corea autorizaron también la fusión. Las decisiones se tomaron en fechas cercanas, lo que apunta a que las autoridades interesadas se coordinaron al respecto. La fusión fue examinada por numerosas jurisdicciones, como Australia, la Unión Europea, el Japón y la República de Corea, puesto que todas temían que la fusión pudiera disminuir el número de competidores, creando un efecto de eliminación de la competencia en la producción y venta del producto a nivel mundial. A fin de subsanar ese problema, Western Digital propuso vender activos esenciales de producción para la fabricación de discos duros de 3,5 pulgadas. Esta medida fue aceptada por las autoridades mencionadas. En este caso, la Comisión coreana de Comercio Justo consultó a sus homólogos de los Estados Unidos y la Unión Europea para evaluar los efectos en la competencia y sugerir posibles medidas correctivas⁴⁰.

72. La fusión de AP Moller-Maersk (Dinamarca) y Royal P&O Nedlloyd N.V. (PONL, Países Bajos) en la industria del transporte marítimo es un buen ejemplo de cooperación entre las autoridades de países desarrollados y en desarrollo. La Comisión de la Competencia de Sudáfrica (SACC) y la Comisión Europea cooperaron en este caso e intercambiaron información con el consentimiento de las partes⁴¹. La SACC aprobó la fusión con condiciones.

³⁸ Ponencia de Chile en la Mesa redonda de la UNCTAD sobre prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y los países con economías en transición, 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (2012).

³⁹ Véase la nota 25.

⁴⁰ Véase la nota 25.

⁴¹ UNCTAD (2006). Casos recientes importantes que afectaron a más de un país. TD/B/COM.2/CLP/53. Ginebra, 13 de octubre.

Utilidad de la cooperación y la coordinación: propuesta de sociedad conjunta de Rio Tinto y BHP Billiton

La propuesta de sociedad conjunta de Rio Tinto y BHP Billiton es un excelente ejemplo de cooperación y coordinación entre la Comisión de la Competencia y el Consumidor de Australia, la Comisión Europea, la Oficina Federal de Cárteles de Alemania, la Comisión de Comercio Justo del Japón y la Comisión de Comercio Justo de Corea. Las autoridades mencionadas intercambiaron opiniones por correo electrónico y mediante reuniones en el transcurso de la operación. La explicación de esta sólida cooperación es que la fusión incidiría en el mercado mundial de mineral de hierro transportado por vía marítima y, por consiguiente, afectaba a todas las jurisdicciones. El hecho de compartir intereses comunes facilitó y reforzó la coordinación y la cooperación.

Rio Tinto, de Australia, y BHP Billiton, del Reino Unido, ocupan respectivamente, los lugares segundo y tercero entre los productores de mineral de hierro del mundo. Las empresas acordaron establecer una sociedad conjunta para la producción conjunta de mineral de hierro en Australia occidental en 2009.

Tras examinar el caso, la Comisión de Comercio Justo de Corea presentó a las partes en la fusión un informe en el que se resumían los resultados de la investigación. Ulteriormente, notificó a la Comisión de la Competencia y el Consumidor de Australia y a la Comisión Europea que había decidido que el acuerdo propuesto tendría efectos contrarios a la competencia. Los cuatro organismos llegaron a la misma conclusión.

Ante esta sólida coordinación, Rio Tinto y BHP Billiton anunciaron su decisión de suspender el acuerdo de sociedad conjunta el 18 de octubre de 2010, basándose en que la transacción no sería autorizada por ninguno de los organismos de la competencia mencionados.

Fuente: Ponencia de la República de Corea en la Mesa redonda de la UNCTAD sobre prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y las economías en transición, celebrada durante el 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (2012).

73. A nivel de la aplicación, los acuerdos bilaterales de cooperación parecen funcionar mejor que los marcos regionales de cooperación. Los acuerdos bilaterales de los Estados Unidos y el Brasil, y de los Estados Unidos y México son ejemplos de marcos de cooperación oficial y contienen disposiciones sobre la coordinación y la cooperación en materia de aplicación; también evitan los conflictos de intereses. Los acuerdos ponen de relieve la importancia de tener en cuenta los principales intereses del otro país en todas las etapas de la aplicación, incluidas las medidas correctivas y las sanciones de cada caso⁴². El Brasil señala que, en el marco del acuerdo de cooperación entre el Brasil y los Estados Unidos, los organismos de ambos países intercambiaron información sobre los casos de fusión que podían afectar a la otra jurisdicción⁴³.

74. Los acuerdos bilaterales entre países desarrollados contienen normas detalladas y condiciones para el intercambio de información entre las jurisdicciones, mientras que los acuerdos con países en desarrollo no incluyen medidas específicas al respecto. En los acuerdos bilaterales de cooperación es importante incorporar principios como los de reciprocidad y protección de la confidencialidad, y la prohibición de utilizar la información

⁴² Véase la nota 34.

⁴³ Ponencia del Brasil, presentada en el séptimo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, Ginebra, 2006.

con otros fines. Otra forma de facilitar la cooperación entre las autoridades encargadas de la competencia es obtener una autorización de las partes en la fusión para tener acceso a la información de que disponen otras jurisdicciones. Esas medidas pueden servir para fomentar la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia en los países desarrollados y los países en desarrollo⁴⁴.

75. Aunque entraña algunas dificultades, la cooperación en los casos de fusión transfronteriza es factible y puede facilitar la labor de los organismos reguladores de la competencia, sobre todo los de los países en desarrollo. Las actividades de cooperación no deberían limitarse a acuerdos oficiales entre las autoridades de la competencia. La colaboración mediante la recopilación y el intercambio de información sobre casos concretos de fusión transfronteriza, y el intercambio de opiniones sobre los métodos, los enfoques y las medidas más adecuados en esos casos son medios que también pueden servir para promover la cooperación entre organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo y los países desarrollados.

⁴⁴ Observaciones realizadas por la Comisión de Comercio Justo del Japón sobre un borrador del presente documento.