



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
26 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

El papel de la defensa de la competencia, el control de fusiones y la aplicación eficaz de la ley en tiempos de crisis económica

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen ejecutivo

El presente documento es un informe en el que se exponen los diversos enfoques adoptados por las autoridades encargadas de la defensa de la competencia en respuesta a los retos que plantea la crisis económica a fin de lograr un control eficaz de las fusiones. En él se propone que, al igual que los efectos de la recesión trascendieron los mercados en los que se originó ésta, otro tanto debe suceder con las perspectivas de las autoridades encargadas de la política de defensa de la competencia al aplicar dicha política y el control de las fusiones. Para que esta aplicación sea eficaz, los gobiernos deben esforzarse por reducir al mínimo todos los efectos negativos que tengan sus intervenciones sobre la competencia y tener en cuenta el riesgo de generar consecuencias perjudiciales en otros países, dada la dimensión mundial de muchos mercados. Por ello, las prácticas contrarias a la competencia exigen respuestas coordinadas a nivel mundial.

Aparte de un aumento de la coordinación, este documento expone que la aplicación eficaz de la política de competencia y del control de las fusiones requiere la aplicación coherente y rigurosa de la legislación nacional a lo largo de todo el ciclo económico, y que dicha legislación no se relaje como consecuencia de una recesión. Por otra parte, el documento destaca la creciente importancia de la defensa de la competencia en los períodos de crisis económica y señala que, para poder aplicarla de manera eficaz, esta política tiene que extender la defensa de la competencia a ámbitos más amplios sin poner en entredicho la independencia de las autoridades competentes en la materia.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1–8	3
A. Antecedentes de la crisis financiera.....	1–5	3
B. Efectos en el control de las fusiones.....	6–8	3
I. Eficacia de la aplicación: la necesidad de cooperación.....	9–19	7
A. El carácter mundial de la competencia	9–11	7
B. Instrumentos y organizaciones internacionales en materia de competencia...	12–19	8
II. Aplicación de la legislación y las políticas vigentes	20–48	10
A. Mantenimiento del status quo.....	20–25	10
B. Cambios de procedimiento	26–30	12
C. Cambios sustanciales.....	31–46	13
D. Estrategias de salida	47–48	16
III. Defensa de la competencia.....	49–58	17
A. La necesidad de una función ampliada.....	49–50	17
B. Una estrategia industrial favorable a la competencia	51–52	17
C. Independencia.....	53	18
D. Medidas prácticas para ampliar la función de la defensa de la competencia..	54–58	18
IV. Conclusión	59–62	19

Introducción

A. Antecedentes de la crisis financiera

1. Se dice que la reciente crisis financiera mundial fue provocada por una combinación de importantes errores estratégicos, imprudencia por parte de los bancos y una regulación insuficiente. Impulsados por incentivos tendenciosos, los bancos prestaron y tomaron prestada una cantidad de dinero excesiva, muy por encima de su disponibilidad de capital, lo que hizo que quedaran expuestos cuando explotó la burbuja de los precios de los activos y se produjo una insolvencia a gran escala. Estos efectos se propagaron por todo el mundo debido a la compraventa de derivados financieros de impago de deuda opacos entre las entidades de crédito a nivel mundial.

2. En septiembre de 2008, la crisis alcanzó su apogeo cuando el banco de inversión Lehman Brothers, el cuarto mayor banco de Wall Street, se declaró en quiebra. Poco después, los mercados de crédito de todo el mundo se congelaron, los mercados de renta variable se desplomaron y otras importantes entidades financieras se fueron a la quiebra en rápida sucesión, primero en los Estados Unidos, luego en Europa y después en otras partes. La crisis del sistema bancario implicó que los bancos no pudieran conceder crédito a las empresas de la economía real, lo que hizo que los efectos de la crisis se extendieran más allá de los mercados financieros. Se vislumbraba la amenaza de un colapso de todo el sistema financiero internacional y una recesión económica de gran envergadura en todo el mundo. Los gobiernos, en particular los del mundo desarrollado, se vieron sometidos a una creciente presión para adoptar medidas urgentes con el fin de detener el efecto dominó de las quiebras de los bancos, corregir los mercados financieros e impulsar la recuperación de la economía.

3. Las respuestas a la crisis financiera mundial adoptaron diversas formas de intervención gubernamental, entre otras:

a) El rescate de empresas con fondos públicos (sobre todo de entidades del sector financiero, aunque sin limitarse a ellas);

b) La inyección de capital en los sistemas financieros para mantener el flujo del crédito, por lo general a cambio de una amplia participación en el capital de la entidad beneficiaria;

c) El estímulo de las fusiones en el sector financiero, lo que dio lugar a la creación de "megabancos";

d) La demanda de una aplicación "flexible" de las normas de competencia por parte de las autoridades para autorizar fusiones y alianzas cuestionables.

En el recuadro siguiente se presentan algunos ejemplos más concretos de las medidas adoptadas por gobiernos de todo el mundo para contrarrestar los efectos de la crisis financiera y la recesión mundial.

4. Por consiguiente, las presiones políticas tuvieron una mayor influencia en la aplicación de la política de competencia. Por ejemplo, la Comisión Europea (CE) se vio literalmente obligada a modificar su política en materia de ayudas públicas para las entidades financieras como respuesta a las medidas de rescate adoptadas por los gobiernos para ayudar a sus sectores financieros. En vista de que muchos gobiernos de los Estados miembros de la UE ya habían concedido ayudas a entidades en dificultades en contravención de la normativa en materia de ayudas públicas, hay quien dice que la CE no tuvo más opción que adoptar dichas modificaciones a fin de evitar que estas normas fueran

infringidas abiertamente y para responder a las presiones políticas que pedían que no se aplicaran en absoluto.

5. Sucumbir a presiones políticas sistemáticas para relajar las normas en materia de competencia y su cumplimiento puede tener consecuencias negativas para la competencia, tanto a nivel nacional como internacional, y retrasar la recuperación mundial. El carácter mundial de los mercados y el amplio alcance de la recesión ponen de relieve el efecto externo que las actividades económicas de un país pueden tener sobre los mercados de otro. Como se expone en el capítulo II *infra*, para que las normas de competencia se apliquen con eficacia es crucial que los países no persigan exclusivamente sus propios intereses nacionales, sino que adopten un enfoque más amplio a fin de tener en cuenta los efectos que tienen sus políticas de competencia en otros países.

B. Efectos en el control de las fusiones

6. Las fusiones influyen sobre la composición y la estructura de los mercados, así como sobre ámbitos que trascienden a la competencia. Por ejemplo, una gran parte de la inversión extranjera directa (IED) adopta la forma de fusiones y adquisiciones, que a menudo son estimuladas por los gobiernos, sobre todo en los países en desarrollo que desean crecer. Durante la reciente crisis financiera, los gobiernos a menudo acogieron con beneplácito la adquisición de grandes empresas que atravesaban dificultades financieras, pues de este modo no debían incurrir en un gasto financiero para rescatarlas. La política de competencia, que intenta regular y evitar aquellas fusiones que puedan tener un efecto perjudicial en la competencia en el mercado, puede entrar en conflicto con los objetivos de estas políticas. Por ello, las fusiones se encuentran en una encrucijada entre los objetivos industriales, políticos y económicos. La manera de abordar el control de las fusiones en tiempos de crisis económica representa un reto considerable para las autoridades en materia de competencia en todo el mundo.

7. A continuación se resumen las principales actividades de fusión y la aplicación del control de fusiones durante la reciente recesión:

a) Un incremento de las presiones sobre los gobiernos para relajar la legislación en materia de control de fusiones y sus normas de aplicación en general. Esta presión representó un gran reto para las autoridades de la competencia, cuya función fue dejada a un lado en algunas jurisdicciones a fin de alcanzar objetivos de otras políticas, a menudo a corto plazo.

b) Se recurrió con frecuencia a fusiones con apoyo público o instigadas por los gobiernos junto a amplios paquetes de estímulo, como parte de una política gubernamental más amplia para la recuperación, lo que tuvo, una vez más, consecuencias sobre la aplicación del control de las fusiones debido a la influencia de objetivos potencialmente en conflicto subyacentes a dichas fusiones.

c) La crisis aumentó la complejidad del análisis de las decisiones de fusión. El análisis contrafáctico¹ entró en un terreno desconocido, que exigía un drástico cambio, pasando de los 15 años precedentes de crecimiento continuo y estabilidad en la mayoría de las economías a una situación de acceso limitado a la financiación y de hundimiento de la demanda. Más concretamente, aumentó el número de empresas que sufrían algún tipo de

¹ El análisis contrafáctico es un medio del que se sirven las autoridades de la competencia para predecir los posibles efectos de una fusión en el mercado correspondiente. Implica realizar una comparación entre la estructura de competencia existente en el mercado y la composición futura de dicho mercado si se llevara a cabo la fusión. Por lo general, su finalidad es discernir si una fusión tendrá como resultado una disminución del nivel de competencia.

dificultades financieras, lo que dio lugar a un mayor uso de la excepción para empresas en crisis en fusiones que, de otro modo, resultarían contrarias a la competencia. Todo ello planteaba problemas, no sólo para el análisis de fondo, sino también en lo tocante a los recursos. Por ejemplo, el reducido número de compradores capaces de adquirir activos debido a la limitación del crédito vino a reducir la capacidad de las autoridades de competencia para imponer recursos estructurales.

d) Se produjeron implicaciones de procedimiento para las autoridades de competencia, que eran objeto de presiones para responder rápidamente a las solicitudes en vista de la fragilidad del mercado y la inestabilidad financiera de las empresas, lo que ponía en duda la calidad de la evaluación de fondo.

8. El presente documento está dividido de la siguiente forma. En el capítulo I se expone la necesidad de una cooperación a escala mundial en materia de aplicación de la normativa de competencia a fin de controlar de forma eficaz las fusiones, sobre todo en tiempos de crisis económica. En este capítulo se expone el carácter mundial de la competencia y la necesidad de que las autoridades competentes en esta materia hagan mayor hincapié en las repercusiones más amplias para la competencia a nivel de internacional al aplicar estas normas en el ámbito nacional. En el capítulo II se destacan los beneficios de una aplicación rigurosa de la legislación nacional de defensa de la competencia durante la crisis económica y de resistir a las presiones para relajar su aplicación con el fin de obtener beneficios a corto plazo. Este capítulo pone de relieve igualmente la necesidad de resolver las limitaciones de los regímenes que impiden la competencia. En el capítulo III se expone el papel de la defensa de la competencia para lograr una aplicación eficaz de la legislación. El capítulo insta a extender la defensa de la competencia a ámbitos más amplios con el fin de limitar las fusiones contrarias a la competencia y promover opciones alternativas. En el último capítulo se presentan algunas observaciones finales y se plantean temas para el debate.

Respuestas de los Estados a la crisis económica mundial, 2008–2009

Países desarrollados: información general

Los mercados de los Estados Unidos de América y de Europa en particular, al ser el lugar de nacimiento de la crisis económica mundial, se vieron muy afectados por ella. En respuesta a las enormes dificultades económicas, los gobiernos adoptaron medidas sin precedentes para ayudar de forma sistémica a importantes entidades financieras que se encontraban al borde de la quiebra.

Estados Unidos de América

- Se adoptó un paquete de estímulo fiscal por un valor de 787.000 millones de dólares de los EE.UU.
- Se permitieron varias fusiones que aumentarían sustancialmente la concentración en los mercados financieros de los Estados Unidos de América, entre ellas la adquisición de Merrill Lynch por parte de Bank of America, con lo que se creó el segundo banco más grande del mundo por valor de mercado.
- La Reserva Federal prestó 182.500 millones de dólares de los EE.UU. al gigante del sector de los seguros American International Group (AIG) a cambio de una participación del 79,9% en el capital de la sociedad.
- Asimismo, el Gobierno de los Estados Unidos de América adquirió 250.000 millones de dólares de los EE.UU. en acciones de nueve grandes bancos estadounidenses.

- El Tesoro de los Estados Unidos concedió a los fabricantes de automóviles General Motors Corporation y Chrysler LLC, que sufrían graves dificultades, una serie de préstamos para salvarlos de la quiebra.

Unión Europea

- Se adoptó un paquete de estímulo fiscal a escala de la UE por un valor total de 200.000 millones de euros (264.000 millones de dólares de los EE.UU.), lo que representa aproximadamente el 1,5% del PIB de la UE.
- La CE aprobó mediante un procedimiento acelerado los planes de rescate de los bancos, elaboró rápidamente directrices europeas que permitían regímenes nacionales de garantía de los depósitos bancarios durante un máximo de dos años y relajó las normas para las ayudas públicas en la UE cuando lo consideró "necesario para hacer frente a las turbulencias actuales de los mercados financieros".

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

- Se adoptó un paquete por un valor de 850.000 millones de libras para el rescate de bancos.
- Se permitió que el banco Lloyds TSB adquiriera HBOS, la mayor entidad hipotecaria del país, por 12.000 millones de libras (18.900 millones de dólares de los EE.UU.). La Office for Fair Trading (OFT, Oficina de Defensa de la Competencia del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) señaló que esta operación podría reducir considerablemente la competencia en algunos mercados (por ejemplo, en los de cuentas corrientes personales e hipotecas).
- Las entidades hipotecarias británicas Northern Rock y Bradford & Bingley Plc fueron nacionalizadas. El Banco Santander S.A. de España adquirió la red de depósitos minoristas y sucursales de Bradford & Bingley.

Japón

- Se aprobó un paquete de estímulo por un valor de 15 billones de yenes (un 3% del PIB).
- El Banco del Japón ofreció hasta 10.2000 millones de dólares de los EE.UU. en préstamos subordinados a los bancos para restituir su capital.
- El Parlamento modificó las normas de control de las fusiones para simplificar el proceso de examen de éstas.

República de Corea

- El Gobierno aprobó un paquete de rescate por valor de 130.000 millones de dólares de los EE.UU. que concedía una garantía estatal a la deuda extranjera y prometía recapitalizar las entidades financieras.
- Los legisladores modificaron igualmente la legislación sobre el control de fusiones para simplificar el procedimiento de examen.
- El Gobierno redujo en un 70% los impuestos de adquisición y matriculación para los clientes que sustituyeran su automóvil usado por uno nuevo.

Países en desarrollo y en transición: información general

Según el Banco Mundial, las economías en desarrollo y en transición se vieron gravemente afectadas por la recesión económica mundial. En el primer trimestre de 2009, 25 de los 31 países en desarrollo de los que se dispone de datos sobre sus cuentas nacionales trimestrales registraron tasas de crecimiento negativo.

Brasil

- El Gobierno redujo las reservas obligatorias de los bancos y ofreció incentivos a las grandes entidades financieras para adquirir las carteras de préstamos de bancos más pequeños.
- El Estado estimuló a los bancos públicos o controlados por el Gobierno a ampliar sus operaciones de crédito al concederles préstamos federales del Banco Nacional de Desarrollo (BNDES) y otras entidades por un total de 115.000 millones de reales (un 4% del PIB) entre 2009 y 2010.
- El Gobierno abrió líneas de crédito para los exportadores para la venta de swaps de divisas extranjeras por parte de los bancos centrales y para reducir la carga fiscal de determinadas operaciones financieras.

China

- El Gobierno adoptó un plan de estímulo económico por un valor de 4 billones de yuans (586.000 millones de dólares de los EE.UU.).
- Este paquete de estímulo contemplaba diversas medidas de asistencia financiera, como descuentos y medidas fiscales destinados a fortalecer sectores prioritarios.

I. Eficacia de la aplicación: la necesidad de cooperación**A. El carácter mundial de la competencia**

9. La tendencia mundial hacia la liberalización y la desregulación del comercio de los años ochenta dio lugar al abandono de las políticas industriales² y la adopción de políticas de defensa de la competencia³. Actualmente, más de cien países cuentan con autoridades de la competencia plenamente operativas (China y la India constituyen las incorporaciones más recientes a esta lista) a diferencia de lo que sucedía hace diez años, cuando sólo 14 países disponían de estas autoridades. Aunque no se han logrado desarrollar normas de competencia multilaterales, no cabe duda de que la competencia es hoy un fenómeno mundial y que es indispensable alguna forma de coordinación entre las autoridades de competencia de todo el mundo.

10. La proliferación de la liberalización del comercio dio lugar asimismo a un importante crecimiento de la IED, una parte sustancial de la cual adoptó la forma de fusiones y adquisiciones. Este hecho hace que la cooperación resulte de gran importancia en el contexto del control de las fusiones. Actualmente, el espectro de los mercados en que pueden operar las empresas se ha ampliado considerablemente, lo que ha extendido el alcance extraterritorial de las fusiones. Hoy en día la mayor parte de las grandes fusiones entre sociedades de los Estados Unidos de América o de la UE requieren la aprobación de diversas autoridades de la competencia de distintas partes del mundo. Por lo tanto, una mayor coordinación de los procedimientos y las normas de aplicación entre las autoridades de la competencia beneficia a la comunidad empresarial, ya que reduce el costo de las transacciones y la carga que representa el examen de una misma transacción por parte de varias jurisdicciones. Y lo que es más importante, en la medida en que una fusión afecta a la competencia en otras jurisdicciones, una mayor cooperación puede servir para tener en

² Por lo general, las *políticas industriales* prevén esfuerzos concertados, concentrados e intencionales por parte de los gobiernos para estimular y promover determinadas industrias o sectores.

³ La *competencia* constituye la lucha por la superioridad que, en un contexto comercial, implica intentar conseguir los clientes y negocios de los demás operadores del mercado.

cuenta las objeciones de las autoridades de la competencia de otros países. Para ello es necesario que las personas encargadas de la formulación de políticas consideren que la "competencia" es un ámbito jurídico y no un ámbito en el que pueden influir la esfera política o las políticas.

11. Como ya se ha indicado, los tiempos de crisis económica se caracterizan por una desconfianza o una mayor intolerancia hacia los valores de la competencia, a pesar de sus beneficios a largo plazo y su utilidad para la recuperación y el crecimiento económicos (véase el capítulo II). La cooperación es más importante que nunca durante las recesiones económicas a fin de contrarrestar las presiones y la tentación de sucumbir a los llamamientos a relajar el control de las fusiones en un intento de lograr la estabilidad a cualquier precio. Si los Estados tomaran en consideración que las políticas contrarias a la competencia pueden tener efectos negativos en general para la competencia en otros países, se reducirían igualmente los posibles conflictos entre gobiernos y se facilitaría el establecimiento de condiciones equitativas.

B. Instrumentos y organizaciones internacionales en materia de competencia

12. La cooperación desempeña un papel destacado en el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (en lo sucesivo, el Conjunto), negociado bajo los auspicios de la UNCTAD, así como en diversos instrumentos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos⁴. Tanto el Conjunto como los instrumentos de la OCDE prevén una colaboración internacional para eliminar o abordar con eficacia las prácticas comerciales restrictivas (PCR) que afectan al comercio internacional, y recomiendan la adopción o el mantenimiento de legislación y políticas en materia de competencia, así como su cumplimiento. Entre las propuestas concretas para la coordinación entre las autoridades de la competencia contempladas en el Conjunto y los instrumentos de la OCDE se encuentran la notificación, las consultas, el intercambio de información tanto no confidencial como confidencial (con garantías), la coordinación de las investigaciones, la asistencia en éstas y el establecimiento de mecanismos de conciliación para reducir al mínimo los conflictos en la aplicación de la legislación en materia de competencia. Por otra parte, el Conjunto pone de relieve la necesidad de que los países desarrollados tengan en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados (artículo C). El Conjunto insta a los Estados a hacer todo lo posible para adoptar medidas adecuadas para controlar las PCR cuando tengan conocimiento de actividades que tengan un efecto negativo sobre el comercio internacional.

13. La Red Internacional para la Competencia es un foro que opera a un nivel menos formal que promueve la cooperación internacional para el control de las fusiones por medio de un diálogo informal y el intercambio de buenas prácticas. El objetivo de esta organización en relación con el control de las fusiones consiste en promover la adopción de buenas prácticas para el diseño y funcionamiento de los regímenes de examen de fusiones con el fin de mejorar la eficacia de los mecanismos de examen de fusiones de cada jurisdicción, facilitar la convergencia de los procedimientos así como en el fondo, y reducir el tiempo y el costo de los exámenes de fusiones realizados en varias jurisdicciones, tanto para el sector público como para el privado⁵.

14. Se han realizado grandes progresos a nivel mundial para lograr este tipo de cooperación y sus beneficios han quedado demostrados en varias ocasiones durante la

⁴ Los instrumentos de la OCDE se aplican únicamente a sus miembros.

⁵ Véase <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger.aspx>.

reciente crisis. La CE, por ejemplo, era especialmente consciente de que era necesario "mantener condiciones equitativas y asegurarse de que las medidas nacionales no exporten simplemente los problemas a otros Estados miembros". La CE adoptó medidas para evitar una carrera de subsidios entre los Estados miembros al velar por el cumplimiento de los principios del mercado único, como la no discriminación y la proporcionalidad. Como es natural, estos esfuerzos se concentraron a nivel de la UE.

15. Los países escandinavos representan otro ejemplo de coordinación de las actuaciones regionales. Este grupo de países se dio cuenta de la necesidad de coordinar su enfoque en materia de legislación y política de la competencia para lograr el nivel de competitividad internacional al que aspiran. Su reciente informe sobre la política de la competencia y la crisis financiera incluye un análisis detallado de los efectos que ha tenido la crisis económica en sus economías, y esboza su planteamiento para hacer frente a los retos que ésta plantea. El grupo acordó que el concepto básico de política de la competencia no debía debilitarse en un momento de crisis y presentó propuestas para adoptar enfoques comunes para su aplicación en todos los ámbitos, incluidos el control de las fusiones (Autoridades Nórdicas de la Competencia).

16. Asimismo se han realizado esfuerzos de cooperación a nivel bilateral durante la recesión. La Comisión de Defensa de la Competencia de la República de Corea y la CE acordaron formalmente cooperar y aumentar su convergencia en materia de política de competencia y su aplicación, lo que incluía la cooperación en el examen de fusiones y adquisiciones así como la notificación mutua de la actividad ejecutiva que repercuta en la otra parte. Las dos autoridades acordaron igualmente intercambiar información, coordinar las acciones ejecutivas, proteger la información confidencial facilitada por la otra autoridad y otras medidas destinadas a facilitar una estrecha relación de trabajo entre ellas. De modo similar, el Parlamento japonés modificó su proceso de examen de fusiones para ajustarse más a los procesos de la UE y los Estados Unidos de América, y para reducir el número de transacciones que deben cumplir sus obligaciones de notificación.

17. El Protocolo de cooperación para el examen de fusiones entre la Comisión Australiana de Defensa de la Competencia y del Consumidor (Australian Competition and Consumer Commission – ACCC) y la Comisión de Comercio de Nueva Zelanda (New Zealand Commerce Commission – NZCC) representa un ejemplo concreto del contenido que pueden tener estos acuerdos de cooperación. Estos organismos acordaron que se informarían mutuamente sobre las transacciones de fusión en las que participen empresas de ambos países o que afecten al mercado de la otra parte. Asimismo pedirían autorización a las partes notificantes para informar sobre dichas fusiones al otro organismo. Otras disposiciones acordadas para racionalizar las acciones de cumplimiento son, entre otras:

a) *Plazos*: las agencias se esforzarán por establecer, en la medida de lo posible, plazos de examen que tengan en cuenta las diferencias entre sus respectivos procesos.

b) *Cláusulas de confidencialidad y obtención de pruebas*: los organismos intentan obtener cláusulas de confidencialidad flexibles de las partes en la fusión para poder transmitir la información relativa a la transacción al otro organismo a fin de mejorar la comunicación y lograr un proceso decisorio mejor informado, oportuno y eficaz.

c) *Evaluación del fondo*: los organismos acordaron mantener estrechos contactos entre sí durante el proceso de examen para intercambiar información y comparar el enfoque analítico con las pruebas.

d) *Recursos*: los organismos convinieron en esforzarse para facilitar la compatibilidad de los recursos admitidos en sus jurisdicciones, deliberar sobre recursos mutuamente compatibles y, en la medida de lo posible, intercambiar los proyectos de propuestas de recursos para comentarlos y participar en debates conjuntos con las partes en la fusión y otros interesados.

18. Una lección que cabe extraer del acuerdo entre la ACCC y la NZCC es que los acuerdos de cooperación deben tener en cuenta las similitudes y las diferencias entre el marco legislativo y el proceso de examen de los distintos organismos. Por ejemplo, si bien la notificación de la fusión es voluntaria tanto en Nueva Zelandia como en Australia, los niveles de formalidad del proceso de examen difieren de modo considerable, pues el régimen australiano es sumamente formal. Por ello es necesario que estos acuerdos contemplen el nivel necesario de flexibilidad para adaptarse a las diferencias de enfoque, sin transigir en el objetivo de aprovechar la coordinación y el intercambio de información.

19. Si bien se ha observado una tendencia a favor de la coordinación (sobre todo a nivel bilateral y regional), ésta suele tener lugar en los Estados miembros de la OCDE, y existen relativamente pocos acuerdos bilaterales entre autoridades de la competencia de países desarrollados y en desarrollo, o incluso entre estos últimos. Es necesario progresar aún más para identificar los motivos de ello y lograr una coordinación y una coherencia más amplias, de modo que en todas las legislaciones y en todos los regímenes de competencia se tengan en cuenta los efectos extraterritoriales de la competencia en las políticas nacionales en materia de fusiones.

II. Aplicación de la legislación y las políticas vigentes

A. Mantenimiento del status quo

20. En tiempos de recesión aumentan los llamamientos a relajar la política de competencia, a adoptar políticas proteccionistas, a conceder ayudas públicas a las empresas en dificultades y a aplicar con menos rigor la legislación en la materia. Aunque existe un amplio acuerdo entre las autoridades de la competencia en que la política en este ámbito y, por ende, el control de las fusiones, no deben relajarse durante una recesión, muchos gobiernos han sucumbido a estos llamamientos, sobre todo en lo referente a los sectores bancario y financiero, pero no solamente a ellos.

21. El atractivo de una relajación del control de las fusiones a favor de la intervención del Estado en los sectores bancario y financiero resulta fácil de comprender. Las características especiales de estos sectores los hacen más susceptibles a los riesgos sistémicos que otros mercados. Los bancos y otras entidades financieras se basan en gran parte en la confianza de sus clientes, porque necesitan que confíen en ellos para prestar más dinero del que reciben. Por otra parte, los operadores de los mercados financieros presentan una gran interdependencia. Por ello, y a diferencia de otros sectores, la quiebra de un banco puede socavar la confianza en el conjunto del sistema bancario y financiero y provocar su hundimiento. Por ello, la intervención del Estado para proteger a las entidades financieras de la quiebra resultó justificada en la medida en que el costo de la alternativa (es decir, esperar a que los mercados se corrigieran por sí mismos y permitir el posible colapso de numerosas entidades financieras) habría sido demasiado alto. Asimismo, la intervención estatal resultó útil para disipar la creciente inquietud social y detener la erosión de la confianza de las empresas. Además, la relajación del control de las fusiones representaba una "reparación a bajo costo" para los gobiernos, pues con ella se eliminaba la necesidad de desembolsar fondos del presupuesto público.

22. A pesar de estos beneficios aparentes, habría que señalar las repercusiones a largo plazo. En condiciones económicas normales, los mercados en los que existe competencia resultan beneficiosos para los consumidores y las empresas eficientes. En un período de prosperidad económica se produce una expansión y numerosos operadores entran en nuevos mercados. Las empresas eficientes se benefician de las inversiones rentables y obtienen ganancias. Durante una recesión, las empresas se contraen y abandonan mercados para

ajustarse a la reducción del gasto de los clientes. Las empresas ineficientes con productos menos atractivos y/o con los costos más altos salen del mercado, dejando lugar para que empresas más eficientes se expandan y nuevas empresas entren en el mercado cuando se recupere la economía. Y así continúa el ciclo: la salida de las empresas, al igual que su entrada, forman parte integrante del mecanismo de mercado. La legislación y la política en materia de competencia evitan la manipulación artificial de este mecanismo por parte de empresas que conspiran entre ellas para eludir los efectos del mercado y obtener poder de mercado mediante la concertación de precios, la exclusión de rivales eficientes, la fusión con competidores importantes o la obtención de subvenciones o protección discriminatorias del Estado.

23. La mutilación de esta legislación y estas políticas debido a dificultades económicas a corto plazo socava el mecanismo de mercado y da lugar a consecuencias negativas a medio y largo plazo. Con el tiempo, los precios generalmente aumentan en perjuicio de los consumidores, y la calidad de los productos se ve afectada, pues existen menos incentivos para innovar a medida que disminuye el costo de los insumos. El empleo excesivo de políticas intervencionistas también puede poner de manifiesto la imprudencia de las empresas beneficiarias, como los bancos, que parecen librarse de cualquier reprimenda debido a su tamaño y a su importancia para el mercado, lo que constituye un tema que ha adquirido una gran actualidad en la reciente recesión, ya que los bancos fueron rescatados ante todo por ser "demasiado grandes para quebrar". Si bien algunos actores, como los accionistas y la dirección de las empresas del sector, se benefician de la relajación de la política de competencia y de las normas relativas al control de fusiones, el costo de esta relajación recae en última instancia en los consumidores, así como en las empresas eficientes y competitivas que no participan en esta actividad.

24. Otro peligro real que presenta el enfoque consistente en dejar a un lado la política de competencia y las normas de control de las fusiones para favorecer la intervención estatal y la política industrial es que dichas intervenciones simplemente no funcionan. Los reguladores a menudo se equivocan y, a pesar de tener buenas intenciones, sus esfuerzos pueden ser en vano. Basta con observar las repercusiones de las políticas industriales llevadas a cabo en recesiones y crisis financieras para ver los efectos arbitrarios que han tenido las políticas industriales contrarias a la competencia en la recuperación económica⁶. Con la relativa excepción del sector bancario y financiero, en que es necesario tener en cuenta su mayor vulnerabilidad debido a sus características particulares, la relajación de la política de competencia y de la aplicación de las normas de control de fusiones generalmente es un medio ineficiente y contraproducente para lograr la recuperación económica y, de hecho, puede ralentizar el proceso de recuperación.

25. Durante la recesión, las autoridades de competencia de todo el mundo coincidieron en que, en la medida de lo posible, la política de la competencia y el control de fusiones no debían debilitarse. Las autoridades de la UE, los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, China y los países escandinavos, entre otros, tuvieron grandes dificultades para reafirmar la importancia de ajustarse a la política de competencia en tiempos de dificultades económicas, al tiempo que recalcan que sus regímenes vigentes estaban en condiciones de dar respuesta a los problemas a los que se enfrenta la competencia durante una recesión. No obstante, no podemos ignorar los efectos que tienen las crisis económicas en los aspectos prácticos de la aplicación de la legislación de la competencia. Las autoridades de la competencia tenían la nada envidiable tarea de mantener una actitud realista, que tuviera en cuenta que una crisis económica puede ser un

⁶ Existen similitudes entre las justificaciones utilizadas para dejar a un lado la legislación de defensa de la competencia y aprobar fusiones que podían ser contrarias a la competencia durante el pánico financiero que tuvo lugar en los Estados Unidos de América en 2007 y la posterior recesión de los años treinta. Existe un amplio consenso en que estas prácticas retrasaron la recuperación económica.

contexto anormal para evaluar las operaciones de fusión, y de garantizar que la competencia no se viera perjudicada. Y lo lograron en distinta medida. A continuación se exponen algunos de los esfuerzos realizados en materia de control de fusiones en respuesta a la crisis.

B. Cambios de procedimiento

26. La Sra. Neelie Kroes (ex Comisaria europea) ha manifestado firmemente en numerosas ocasiones que es necesario considerar la competencia como parte de la solución a la crisis al señalar que "una aplicación blanda" de la normativa no favorecería en modo alguno a la economía. En relación con el control de fusiones, la Comisaria Kroes prometió que seguiría aplicando las normas vigentes y, al mismo tiempo, tendría plenamente en cuenta el entorno económico. Su sucesor, el Sr. Joaquín Almunia, repitió hace poco este planteamiento, haciendo hincapié en la necesidad de una aplicación firme de la normativa en materia de competencia en tiempos de crisis económica. De forma similar, la Sra. Christine Varney, Procuradora General Adjunta de Justicia de los Estados Unidos de América, declaró que una aplicación firme de la legislación antimonopolio constituye un elemento crucial para la estabilidad económica.

27. "Tener plenamente en cuenta el entorno económico" se tradujo en al menos dos excepciones de las prácticas de procedimiento vigentes que, posiblemente, provocaron una relajación de la legislación en materia de competencia y de la política relativa al control de las fusiones.

1. Excepciones a los períodos de reflexión

28. Numerosos regímenes de control de fusiones imponen períodos obligatorios de espera o "reflexión" que impiden a las empresas fusionarse antes de que la autoridad competente autorice la operación. Las autoridades se han mostrado más flexibles a la hora de eximir a empresas del período de reflexión, lo que ha permitido la ejecución inmediata de las transacciones o que una parte preste asistencia a la otra antes de recibir la autorización de las autoridades de la competencia. Al adoptar este enfoque, las autoridades de la competencia pretendían alcanzar el objetivo común de garantizar la estabilidad financiera por medio de una reducción de los plazos para llevar a cabo fusiones entre empresas que estén atravesando dificultades financieras y en las que, debido a la rápida pérdida de viabilidad financiera de una de las partes, el tiempo revestía una gran importancia. La posición de la CE consistía en que estas excepciones se concederían cuando no existieran objeciones obvias a la fusión; sin embargo, este enfoque se adoptó incluso para casos más complejos en los que existían objeciones y se impuso la venta de activos⁷. Otras autoridades también adoptaron una mayor flexibilidad. Las autoridades belgas, por ejemplo, concedieron la primera excepción de la historia a un período de reflexión en la adquisición de la participación del Estado belga en Fortis por parte de la Empresa Federal Belga de Participación e Inversión.

2. Reducción de los períodos de examen

29. Algunas autoridades se esforzaron por reducir considerablemente sus períodos de examen durante la recesión, sobre todo en beneficio de empresas que atravesaban dificultades financieras. Una vez más, la CE fue pionera en este aspecto y en algunos casos

⁷ Por ejemplo, en la fusión entre *BNP Paribas* y *Fortis*, la Comisión permitió que BNP Paribas hiciera un seguimiento de las actividades de negociación bursátil de Fortis en Bélgica antes de aprobar la transacción y tampoco se opuso a que BNP Paribas inyectara cantidades importantes de capital en Fortis para evitar su colapso.

realizó análisis complejos y llegó a una decisión diez días laborables antes del plazo legalmente establecido. En los Estados Unidos de América, las disposiciones de la Ley de modificaciones de la legislación antimonopolio Hart-Scott-Rodino se utilizaban para dar por concluidos prematuramente los períodos de espera en casos que no presentaban objeciones obvias en esta materia. Estas disposiciones, junto con la estrecha colaboración entre el Departamento de Justicia y los reguladores del sector financiero, como la Reserva Federal, permitieron un rápido examen y autorización de numerosas combinaciones que podían ser problemáticas, como Wells Fargo/Wachovia, JPMorganChase/Washington Mutual, y Mitsubishi UFJ/Morgan Stanley. El Ministerio de Comercio de China también adoptó este enfoque y aceleró la fusión entre Fiat y Chrysler por exigencias financieras.

30. Si bien en tiempos de crisis económica es necesario que las autoridades de la competencia tengan más en cuenta los objetivos comunes, como la estabilidad, una aplicación eficaz de la legislación en materia de competencia exige que las autoridades mantengan su coherencia y fidelidad al principio consistente en que los fundamentos de la legislación y la política de la competencia deben mantenerse en todas las fases del ciclo económico. Una mayor flexibilidad en los procedimientos puede eliminar los obstáculos para los procedimientos de examen de las fusiones y adaptarse mejor a operaciones destinadas a acelerar el retorno a la estabilidad económica. No obstante, es imperativo que estos cambios no afecten al análisis de fondo en detrimento de la competencia. También en este aspecto, una mayor cooperación entre las autoridades de la competencia a nivel mundial contribuirá a establecer normas y a generar una mayor responsabilidad en las acciones de las autoridades de la competencia y de los gobiernos nacionales.

C. Cambios sustanciales

31. En conjunto, fueron relativamente pocas las jurisdicciones que introdujeron cambios sustanciales en sus regímenes de control de fusiones en respuesta a la recesión mundial, al estar plenamente convencidas de que el marco vigente era suficiente para hacer frente a los problemas provocados por la crisis. De hecho, algunas de ellas aprovecharon la recesión para fortalecer las capacidades y los recursos de sus autoridades y políticas de la competencia. En México, por ejemplo, actualmente se prevé introducir una reforma del régimen de competencia para aumentar las facultades legales y las herramientas de intervención de la autoridad de la competencia, y mejorar en general el entorno competitivo de la economía.

32. Sin embargo, la crisis puso de relieve algunos ámbitos de divergencia entre los marcos legislativos a escala mundial, en particular en relación con:

- a) La excepción para empresas en crisis;
- b) Las obligaciones en materia de notificación de fusiones;
- c) Excepciones por motivos de interés público (que incluyen algunos ejemplos en los sectores bancario y financiero);
- d) Los recursos.

1. La excepción para empresas en crisis

33. Por lo general, la excepción para empresas en crisis permite acometer una fusión que podría considerarse contraria a la competencia debido a que, sin ella, una de las partes y sus activos saldrían del mercado. De este modo, la fusión se considera un "mal menor" en cuanto a sus efectos en la competencia en el mercado correspondiente. Los marcos de competencia de numerosas jurisdicciones de todo el mundo contemplan estas disposiciones,

pero raras veces se dan las circunstancias para poder optar a ellas, a menos que se produzca una recesión mundial prolongada.

34. De acuerdo con el discurso común sobre el papel de la política de la competencia durante la recesión, las autoridades de la competencia, los gobiernos y los expertos de todo el mundo expresaron su convicción de que la excepción para empresas en crisis no debía explotarse para permitir la autorización en masa de fusiones contrarias a la competencia durante la recesión. Aun así, algunas autoridades se mostraron receptivas a los argumentos de las empresas en crisis dadas las difíciles circunstancias económicas a las que se enfrentaban en esos momentos. La OFT del Reino Unido, por ejemplo, aceptó la excepción para empresas en crisis en una fusión entre dos grandes cadenas minoristas británicas, HMV y Zavvi, argumentando que de lo contrario Zavvi se vería obligada a cerrar 15 tiendas y que la fusión no sería perjudicial para los mercados correspondientes. De modo similar, la Comisión de la Competencia de Nueva Zelanda aceptó esta misma excepción y por primera vez publicó directrices para la aplicación de la doctrina⁸.

35. En algunas jurisdicciones, la recesión provocó problemas debido a la falta de una excepción para empresas en crisis. La normativa de la competencia de México no incluye una disposición sobre la excepción para empresas en crisis, pero desde el inicio de la recesión se ha pedido que se modifique la legislación en la materia para introducir dicha excepción a fin de acabar con la ambigüedad existente, que permite la adopción de decisiones poco transparentes a la hora de examinar fusiones en las que participan empresas que atraviesan dificultades financieras.

36. Aunque el número de fusiones que cumplen los criterios de esta excepción aumenta inevitablemente durante períodos de crisis económica, las autoridades deben velar por que se cumpla su finalidad fundamental y no permitir que se utilice para alcanzar otros objetivos en detrimento de la competencia. La poca frecuencia con la que se aplica la excepción para empresas en crisis la convierte en un tema ideal para la cooperación internacional.

2. Obligaciones en materia de notificación de fusiones

37. Las obligaciones en materia de notificación de fusiones varían entre los distintos regímenes legales de defensa de la competencia. Estas variaciones se dividen en dos amplias categorías: los regímenes que imponen la notificación obligatoria antes de realizar una operación de fusión ("regímenes de notificación previa obligatoria") y aquellos que la dejan a discreción de las partes o que les permiten notificar la fusión a las autoridades una vez realizada ("regímenes voluntarios" o "regímenes de notificación posterior").

38. En muchas jurisdicciones (en particular las más antiguas y consolidadas) con regímenes voluntarios, las empresas que se fusionan pueden solicitar en la práctica una especie de autorización formal o informal de las autoridades. Sin embargo, en una recesión en la que aumentan las presiones para consolidar el mercado, es evidente que un régimen de notificación obligatoria previa aumenta la capacidad de las autoridades de la competencia para analizar el posible impacto que tendrá una fusión determinada en la competencia. Los regímenes de notificación voluntaria o posterior, por otra parte, hacen que la labor de aplicación de la normativa resulte más compleja y aumentan el riesgo de que se lleven a cabo fusiones contrarias a la competencia sin ser impugnadas. Ahora bien, cabe señalar que un régimen de notificación obligatoria puede representar una mayor carga, tanto para las partes que notifican la fusión como para las autoridades de la competencia. Por

⁸ Véase <http://www.comcom.govt.nz/media-releases/detail/2009/commercecommission-grantsclearancet>.

consiguiente, el enfoque que se adopte debe tener en cuenta las limitaciones de recursos a las que se enfrente dicha autoridad.

3. Excepciones por motivos de interés público

39. Como ya se ha mencionado, la presencia de una recesión económica trae consigo objetivos comunes y objetivos de políticas contrapuestos a la hora de examinar las fusiones. En tales momentos, los objetivos no relacionados con la competencia, como la estabilidad, influyen a menudo en la decisión de autorizar una fusión. Es necesario lograr un equilibrio entre los beneficios a corto plazo de la estabilidad y los beneficios a largo plazo de mantener unos mercados competitivos. El marco legislativo de algunas jurisdicciones establece excepciones por motivos de interés público, que permiten a los gobiernos pasar por alto las normas en materia de fusiones en aras de un interés público más urgente. Estas excepciones se utilizaron de diversas formas durante la recesión. En algunas jurisdicciones —como la UE, los Estados Unidos de América, China y el Japón— se decidió no aplicarlas⁹, mientras que en otras —como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Italia y el Brasil— se recurrió a excepciones por motivos de interés público en casos aislados.

40. El caso de la fusión entre Lloyds y HBOS en el Reino Unido es uno de los ejemplos más destacados del uso de las excepciones por motivos de interés público en respuesta a la reciente recesión. El análisis de la OFT concluyó que la adquisición de HBOS (que en esos momentos era la principal hipotecaria del país) por el banco Lloyds TSB podría conllevar una reducción considerable de la competencia en algunos aspectos del mercado bancario. A pesar de ello, el Gobierno británico se otorgó nuevas competencias en materia de control de fusiones que introdujeron una nueva intervención por motivos de interés público que permite al Ministro de Comercio, Empresa y Reforma de la Reglamentación intervenir en el proceso de examen de fusiones y evitar su envío a la Comisión de la Competencia del Reino Unido. Se decidió que el nuevo interés público protegido era la "estabilidad del sistema financiero del Reino Unido", que tenía prioridad sobre las objeciones de la OFT de que la fusión podía ser contraria a la competencia.

41. No cabe duda de que la intervención del Secretario de Estado, quien actuó por recomendación del Tesoro público, el Banco de Inglaterra y la Autoridad de Servicios Financieros, fue totalmente transparente y ajustada al procedimiento legal. Sin embargo, esta medida ha sido objeto de numerosas críticas, ya que preocupa que esta fusión dé lugar a una reducción a largo plazo de la competencia en los ya de por sí muy concentrados mercados financieros del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Además, muchos cuestionan la necesidad de esta actuación a la vista de los amplios estímulos concedidos al sector financiero tras la fusión, que algunos consideran suficientes para impedir el colapso de HBOS.

42. La autoridad de la competencia del Brasil, el Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE), tuvo dificultades similares en relación con la necesidad de analizar las fusiones del sector bancario desde la perspectiva de la competencia. El Banco Central del Brasil (BACEN) ejerce desde hace mucho tiempo la jurisdicción y regulación de este sector y controla las fusiones entre bancos por motivos similares de interés público relacionados con la seguridad del sistema financiero. A pesar de las medidas recientemente adoptadas para mejorar la cooperación entre el CADE y el BACEN, y de la mayor participación del primero en el proceso de control de fusiones, el segundo sigue siendo el que toma las decisiones definitivas en lo tocante a la viabilidad de las fusiones.

⁹ Los regímenes japonés y chino no contemplan explícitamente excepciones por motivos de interés público.

43. Sin embargo, las características especiales del sector financiero no pudieron ser la razón por la que el Gobierno italiano introdujo una legislación ad hoc para permitir la fusión entre Alitalia y AirOne. Se promulgó un decreto por el que se impedía que el organismo de defensa de la competencia bloqueara una fusión entre estas dos compañías aéreas o que bloqueara o impusiera recursos estructurales a las fusiones entre grandes empresas en crisis. Todo ello tuvo como resultado la autorización de una serie de fusiones que podían ser contrarias a la competencia, como la operación mediante la cual la Compagnia Aerea Italiana S.P.A. (CIA), un consorcio de empresarios privados italianos, adquirió los activos de explotación de Alitalia y el control exclusivo sobre AirOne.

44. Las excepciones por motivos de interés público representan el mayor reto para las autoridades de la competencia. Estas autoridades tendrán que aumentar sus actividades de defensa y presión para evitar una aplicación amplia de estas políticas. Solamente con el tiempo se conocerán todos los efectos que tendrán estas excepciones en la competencia, pero en todo caso deberían ser la excepción y no la regla si se desea aplicar con eficacia la legislación en materia de competencia.

4. Recursos

45. En tiempos de crisis económica, los recursos estructurales, como la venta de activos, no pueden imponerse con tanta facilidad debido, por ejemplo, al reducido número de compradores potenciales en el mercado. Existe una serie de opciones alternativas en las que los compromisos estructurales no pueden imponerse de la forma habitual. Las autoridades pueden prohibir la transacción en su totalidad o exigir a las partes involucradas en la fusión que indiquen un comprador antes de realizarla. O bien, pueden concederse períodos más largos para la venta de activos. Asimismo, las autoridades pueden imponer compromisos de comportamiento siempre que esos recursos vengan a resolver problemas de competencia. Por último, las autoridades pueden simplemente autorizar la operación sin imponer recursos.

46. La adopción de una de estas opciones o de una combinación de ellas tiene que decidirse caso por caso. En circunstancias económicas tan difíciles, las autoridades deben mostrar flexibilidad e ideas innovadoras para aplicar con eficacia la legislación en materia de competencia y hacer todo lo posible por no desalentar las fusiones inocuas o económicamente beneficiosas debido a las dificultades reales o percibidas para obtener su autorización.

D. Estrategias de salida

47. Resulta difícil predecir los efectos de los compromisos anteriormente expuestos. Sin embargo, es de suma importancia que cada fusión aprobada mediante una aplicación más indulgente de la legislación incluya una estrategia de salida bien meditada para hacer frente a las posibles distorsiones de la competencia. Las estrategias de salida para fomentar la competencia adoptadas durante la crisis presentaban diferencias considerables entre las diversas jurisdicciones. Una vez más, un diálogo y una cooperación más intensos entre las autoridades permitirían alcanzar un enfoque más racionalizado y evitar posibles distorsiones de la competencia a escala internacional.

48. La OCDE propuso una serie de políticas y estrategias de salida para fomentar la competencia que reducirían las distorsiones provocadas por las denominadas "megafusiones" en el sector financiero con el apoyo del Estado. Entre ellas se encontraba el fomento de la adquisición de bancos nacionales por parte de bancos internacionales, cuando las fusiones a nivel interno supongan la amenaza de un incremento del poder de mercado. Asimismo, la OCDE propuso que los efectos que tienen en el mercado las fusiones

contrarias a la competencia ya realizadas pueden mitigarse a través de medidas encaminadas a promover la entrada de nuevos operadores, por ejemplo mediante una reducción de los obstáculos reglamentarios y la limitación de los costos de transición.

III. Defensa de la competencia

A. La necesidad de una función ampliada

49. La defensa de la competencia se ha definido como "las actividades realizadas por la autoridad de la competencia para promover un entorno competitivo para las actividades económicas por medio de mecanismos no relacionados con la aplicación de la legislación, sobre todo a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y la información al público sobre los beneficios de la competencia". Durante las fases de formación de una autoridad de la competencia, la defensa de ésta se emplea ante todo para informar a los interesados sobre la legislación y las políticas, así como sobre las obligaciones y los derechos que conllevan. Con el tiempo, la función de la defensa de la competencia cambia para asumir la defensa en general de las cuestiones relativas a la competencia ante el gobierno en el ámbito de la privatización, la regulación sectorial y otras políticas. En tiempos de crisis económica, el papel de la defensa de la competencia debe cambiar y evolucionar.

50. Como ya se ha indicado, las fusiones a menudo forman parte de políticas industriales y de regulación más amplias destinadas a lograr la estabilidad financiera. En esta recesión se han observado ejemplos de intervenciones públicas que podían ser contrarias a la competencia, como por ejemplo la concertación de fusiones o la inyección de estímulos financieros en empresas realizados sin un análisis de la competencia¹⁰. Podría decirse que la deficiente regulación del sector bancario fue uno de los principales factores que causaron la recesión mundial. A diferencia de la objetividad relativa que ofrecen los mercados en que existe competencia, no siempre puede confiarse en que la regulación tenga un resultado eficaz. Este efecto se agrava durante las recesiones, cuando las regulaciones a menudo se adoptan en respuesta a ellas y se ven influidas por la política. Por ello es indispensable evaluar plenamente desde un principio los efectos de estas políticas en la competencia, de modo que no se alcancen otros objetivos a expensas de esta última. Para aplicar con eficacia la legislación y las políticas en materia de competencia, la defensa de la competencia no debe limitarse simplemente a responder a las solicitudes de fusión y a aplicar la legislación correspondiente, sino que debe abogar a favor de un mayor acceso a los foros en los que se toman las decisiones en materia de política industrial.

B. Una estrategia industrial favorable a la competencia

51. Ahora bien, la política industrial no debe considerarse como algo intrínsecamente negativo o poco útil, sobre todo en épocas de crisis económica. La recesión ya ha pasado y muchos reconocen que, a pesar de sus diversos grados de éxito, las intervenciones y los paquetes de estímulo de los Estados evitaron una recesión más grave y desempeñaron un papel decisivo en la recuperación y la relativa estabilidad de que gozan actualmente los mercados financieros. Por ello es preferible encontrar un equilibrio entre la legislación y la política de la competencia, por una parte, y la política industrial, por otra, en lugar de concentrarse en los posibles conflictos entre ellas.

¹⁰ Por ejemplo, el Gobierno de los Estados Unidos de América no consultó a la Comisión Federal de Comercio acerca del plan de rescate para la industria del automóvil.

52. David Lewis propone que las autoridades de la competencia identifiquen los elementos de una "estrategia industrial favorable a la competencia" y, al mismo tiempo, "rechacen aquellos elementos de una estrategia industrial que puedan generar graves distorsiones del mercado". Este enfoque parece constituir un medio muy sensato y flexible para alcanzar el objetivo de la estabilidad sin poner en peligro el objetivo a largo plazo de conseguir crecimiento y mercados competitivos.

C. Independencia

53. Estos objetivos deberían alcanzarse de tal modo que no comprometan la independencia de la autoridad de la competencia. La independencia de las autoridades de la competencia y otros reguladores sectoriales reduce la posibilidad de que la politización y otros conflictos de interés potenciales generen sesgos. Es de suma importancia que las autoridades de la competencia sean instituciones sólidas que no dependan del Gobierno de turno, sino que sean capaces de sobrevivir a los cambios de régimen político. Esta independencia es necesaria para maximizar los beneficios de la cooperación entre las autoridades de competencia, pues infunde una mayor confianza en los juicios de estas autoridades. Sin embargo, esta independencia debe reconocer que la política de la competencia y el control de las fusiones, en particular, operan en un contexto más amplio que exige que las autoridades de la competencia se coordinen y cooperen con los organismos gubernamentales.

D. Medidas prácticas para ampliar la función de la defensa de la competencia

54. Los regímenes de la competencia a nivel mundial ofrecen oportunidades para que las autoridades de la competencia intervengan en la elaboración de la política industrial. Mientras algunos regímenes permiten que las autoridades emitan dictámenes ad hoc sobre cualquier tema, otros exigen explícitamente que se consulte a estas autoridades cada vez que una normativa pueda tener un efecto negativo en la competencia¹¹. Otros regímenes van más lejos aún y conceden a los miembros de las autoridades de la competencia un estatuto ministerial y facultades para participar estrechamente en la formulación de las políticas industriales¹².

55. Si bien los gobiernos no tienen la obligación legal de consultar a las autoridades de la competencia sobre los planes de ayuda y las propuestas de fusión, resulta todavía más necesario que las autoridades de la competencia tomen la iniciativa e intervengan en la medida de lo posible a fin de ofrecer ideas y puntos de vista a los organismos gubernamentales y al público en general sobre las implicaciones de las diferentes medidas para la competencia. Una mayor coordinación entre los regímenes de la competencia para extender aún más estas actuaciones mejoraría la aplicación de la normativa en materia de competencia en todo el mundo.

56. A la hora de examinar las medidas para ampliar la función de la defensa de la competencia, cabe señalar en primer lugar que estas medidas no deben limitarse a los períodos de crisis económica, sino que deberían adoptarse y aplicarse a lo largo de todo el ciclo económico a fin de introducir una flexibilidad suficiente en el régimen para que resista las épocas de dificultades económicas. La Comisión de la Competencia del Reino

¹¹ El Gobierno de Andalucía (España) representa un ejemplo de ello.

¹² Esto es lo que sucede en la República de Corea, donde el director de la autoridad de la competencia es un ministro que participa en los debates sobre los textos legislativos o los proyectos de ley en el Consejo de Ministros.

Unido propuso en respuesta a la recesión una serie de estrategias de defensa de la competencia específicas para la crisis. Entre ellas se encontraba, en primer lugar, la necesidad de que las autoridades den a conocer su posición y su enfoque para la aplicación de la normativa durante la crisis, promuevan una aplicación rigurosa de la legislación de la competencia en todas las fases del ciclo económico y reconozcan los efectos que tiene la situación económica en la práctica en los recursos y el análisis contrafáctico.

57. En segundo lugar, la defensa de la competencia debería tener como prioridad disipar las objeciones infundadas sobre los efectos de la política de la competencia, como por ejemplo, que constituye un obstáculo para la recuperación y la estabilidad. Para ello puede contribuir a los debates en curso y dando a conocer, en la medida de lo posible, problemas específicos. En tercer lugar, como ya se ha mencionado, prestar el mayor apoyo y la mayor orientación posibles a otros organismos reguladores con el fin de destacar pronto las consecuencias contrarias a la competencia no deseadas y su costo. En cuarto lugar, si ofrecen orientaciones y aclaraciones complementarias sobre políticas específicas contribuirían a demostrar que la política de la competencia puede contribuir a resolver la crisis. Estas orientaciones deberían destacar los problemas concretos que pueden plantearse y el enfoque propuesto para resolverlos.

58. A estas útiles propuestas habría que agregar algunos puntos ya mencionados en el presente documento relacionados con la formulación de estrategias de salida para las fusiones que puedan resultar contrarias a la competencia y aprobadas como parte de estrategias industriales más amplias. En respuesta a la crisis, las autoridades de la competencia deberían hacer todo lo posible por influir en el marco regulador aplicable al sector financiero a fin de reducir el trato preferente concedido a los bancos, y para evitar que vuelva a repetirse el rescate de entidades "demasiado grandes para quebrar". Asimismo, la defensa de la competencia debe contemplar un examen de las políticas industriales y de competencia existentes a fin de aprender de experiencias pasadas. Por último, las autoridades deberían entablar en el marco de la defensa de la competencia un diálogo y un intercambio de prácticas recomendadas pertinentes por medio de un mecanismo de examen entre homólogos de la legislación y las políticas de la competencia en los foros internacionales.

IV. Conclusión

59. En una economía mundial cada vez más abierta e interdependiente, para ser eficaz, la aplicación de la legislación y las políticas en materia de competencia debe tener lugar en el contexto de una cooperación más amplia a nivel mundial. La ventaja que ofrecen las economías de libre mercado es que todos los países se benefician de un mayor acceso a los mercados mundiales, lo que dota a los mercados nacionales de mayor dinamismo, crecimiento y desarrollo económico. A largo plazo, por tanto, todos los países tienen interés en que todos o la mayoría de ellos cuenten con regímenes en materia de competencia y con los conocimientos técnicos, los recursos y las infraestructuras legales necesarios para aplicarlos de forma eficaz.

60. Si la política de la competencia y su aplicación mantienen un alto nivel, todos acabarán por salir beneficiados y se consolidará la legitimidad de la teoría de la competencia. Por consiguiente, la cooperación a nivel mundial entre las autoridades de la competencia en materia de aplicación de la normativa no persigue intereses egoístas, sino que pretende maximizar los beneficios del buen funcionamiento de unos mercados que generen prosperidad para todos. La coordinación es crucial para alcanzar este nivel y esta legitimidad en todo el mundo. Por otra parte, la falta de cooperación mundial y la incoherencia en las normas de aplicación alimentan los argumentos en contra de la eficacia de la competencia como herramienta para el crecimiento y el desarrollo económicos.

61. Al igual que la evasión fiscal, la corrupción y el terrorismo a escala mundial, los efectos de una política nacional contraria a la competencia trascienden las fronteras nacionales. Por ello, para aplicar de forma eficaz la legislación y las políticas de la competencia es necesario que las autoridades nacionales realicen esfuerzos conscientes para tener en cuenta los efectos que tienen sus acciones en la competencia internacional. Esos objetivos solamente podrán alcanzarse mediante un importante impulso capaz de mejorar la defensa de la competencia por parte de los organismos que se encargan de ella en todo el mundo. El control de la competencia debe llegar a todos los rincones del marco regulador gubernamental para limitar el sacrificio de la política de competencia en aras de la consecución de otros objetivos.

62. A estas medidas habría que añadir un esfuerzo consciente no sólo para mantener el nivel de aplicación actual, sino para introducir las mejoras necesarias y coherentes con los niveles mundiales. Ahora bien, un enfoque realista para la aplicación de la legislación en tiempos de crisis económica debe tener en cuenta las singulares características económicas de un período de crisis.

Preguntas para el debate

a) ¿Deberían tomar en consideración los regímenes de control de fusiones los efectos transnacionales que tienen las fusiones nacionales para la competencia en otros países?

b) ¿Cómo puede estimularse la cooperación entre las autoridades de la competencia de los países en desarrollo y los países desarrollados?

c) ¿Cómo puede lograrse una mayor cooperación a nivel mundial para la aplicación de las excepciones para empresas en crisis?

d) ¿Cómo pueden las autoridades de la competencia resistir a la influencia de los gobiernos de turno?

e) ¿Cómo pueden las autoridades de la competencia tener una mayor presencia en los foros en los que se toman las decisiones sobre la política gubernamental y evitar su adscripción política?
