

**“UTILIZACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN EL CONTROL DE
ESTRUCTURAS COMO MECANISMO DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA”**

Elaborado por: Teresa Marleny Mendoza Poma¹

Resumen:

“En el presente documento se evalúa el impacto del análisis económico en el control de estructuras, como mecanismo del Derecho de la Competencia utilizado para prevenir distorsiones futuras a la competencia que determinen un perjuicio para los consumidores. A efectos de la labor del análisis de las concentraciones, se viene utilizando herramientas proporcionadas por la ciencia económica, la que a su vez viene evolucionando y perfeccionándose. Así las cosas, pareciera que el control de estructuras utilizado como mecanismo *ex ante* para evitar conductas anticompetitivas futuras, se viene valiendo (¿para bien o para mal?) de las teorías económicas desarrolladas y por desarrollarse, siendo que nacen los siguientes cuestionamientos: ¿es eso correcto? o ¿es correcta la aparente dependencia?”

Palabras clave:

Control de concentraciones; control de estructuras; análisis económico; derecho de la competencia.

¹ La autora es Abogada por la Universidad San Martín de Porres, Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid y antigua Becaria Cátedra Unesco por la Universidad de Deusto y Autoridad Vasca de la Competencia.

21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Iberoamericana de Derecho y Economía (ALACDE)

“Utilización del análisis económico en el control de estructuras como mecanismo del Derecho de la Competencia”

El mundo viene soportando intensos cambios en todo ámbito. La globalización y la era digital, apresuran dichos cambios. Los mercados, los agentes económicos, los empresarios, los profesionales, los consumidores, y hasta los *boots*, debemos sobrellevarlos y estar preparados para cada nuevo cambio que se avecina. Si nos detenemos a observar a nuestro alrededor, podremos apreciar “esos cambios”. Al día de hoy, muchas veces nos encontramos a la expectativa del nuevo modelo de teléfono celular de alta gama que pondrá en venta una compañía que se encuentra muy lejos de donde vivimos; de hecho, también llevamos puestas prendas de vestir elaboradas por nacionales de países alejados; así también cuando decidimos irnos de viaje a alguna parte del mundo, dejamos que mediante un página web, un ser extraño computarizado nos sugiera las mejores opciones del hospedaje que debemos tomar. Pero, esto no es producto de hace pocos años atrás, todo esto viene ocurriendo desde hace muchísimo tiempo, luego de intensas guerras, se instauraron nuevos modelos económicos. El mundo, poco a poco, fue cambiando, hasta lo que es hoy, un lugar donde casi ya no existen fronteras para el comercio, y donde cada país ha ido moldeando sus propias estructuras internas al compás del crecimiento económico.

Es en ese contexto en el que las nuevas formas del Derecho y su representación de la justicia, fueron surgiendo. Claro está que fue importante y necesario el surgimiento de nuevos campos del Derecho destinados a regular las nuevas situaciones económicas jurídicas que se suscitaron. Así, aparece el Derecho de la Competencia en su desarrollo temprano en -Reino Unido y posteriormente- los Estados Unidos de Norteamérica, como rama del Derecho reguladora de los comportamientos de los agentes económicos en los mercados (en dicho momento consideraron conveniente la intervención del Estado en los mercados y en las conductas de los operadores económicos,

21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Iberoamericana de Derecho y Economía (ALACDE)

pese a que actualmente, no todos comparten la misma opinión); posteriormente, el Derecho de la Competencia se convirtió en el instrumento que coadyuva al desarrollo óptimo de los mercados y al traslado de sus eficiencias a los consumidores, en los países europeos, siendo que también se trasladó a otros continentes como Oceanía (en países como Australia), África (en países como Sudáfrica) y América en el resto de su extensión. En otras palabras, el desarrollo del Derecho de la Competencia tiene raíces profundas y lejanas, y hasta cierto punto, sedimentadas –aunque en pensamiento de muchos, el Derecho de la Competencia, únicamente encontró justificación en el ávido deseo del Estado de intervenir y controlar a los particulares, y en este caso, también al mercado-.

De este modo, el Derecho de la Competencia, se vale básicamente de dos instrumentos fundamentales para realizar su trabajo de garante del funcionamiento eficiente de los mercados; el primero, mediante el control de comportamientos; y, el segundo, a través del control de estructuras. En relación al primer caso, se pretende observar las conductas de los agentes empresariales a fin de evitar que cometan actos que distorsionen los mercados, como pueden ser los actos colusorios y el abuso de posición de dominio en los mercados; por otra parte, respecto al segundo instrumento, se encuentra dirigido a evitar que las operaciones de concentración o cualquier cambio estable de poder en las unidades económicas, no generen cambios y consecuencias irreparables en las estructuras en los que se produce la operación, ocasionando también perjuicios en los consumidores.

Así, el control de concentraciones constituye un mecanismo preventivo utilizado con la finalidad de determinar los eventuales perjuicios que podría ocasionar una operación económica (fusiones o cualquier cambio estable de control en una sociedad) capaz de modificar la estructura de su mercado. Aquí es donde nos preguntamos cómo es posible determinar las consecuencias económicas de las concentraciones; la respuesta está en la utilización de las

21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Iberoamericana de Derecho y Economía (ALACDE)

ciencias económicas. Las autoridades de competencia utilizan el “análisis económico” a fin de darnos a conocer los eventuales resultados de la operación. Existen métodos para determinar si el porcentaje de participación de las empresas involucradas es lo suficientemente amplio para considerarlas dentro de una investigación; asimismo, permite conocer el verdadero alcance de los productos y/o servicios involucrados, y su respectiva medición de sustituibilidad, además de su vinculación con el mercado geográfico. De acuerdo a ello, podremos apreciar los posibles efectos negativos de la operación en el mercado, con el fin de prevenirlos y corregirlos (en caso de una posible posterior declaración de compromisos para la aceptación del proyecto); y finalmente todo ello conducirá a valorar los efectos positivos que pudiera tener el proyecto en los mercados. En todos los casos, la metodología económica utilizada variará en dependencia a lo que se desea medir (por ejemplo, a fin de conocer el grado de concentración de un sector de mercado, dependiendo del caso, es posible utilizar el índice de Herfindhal o el indicador C4).

Muchas son las críticas referentes a la inexactitud de las técnicas económicas utilizadas, básicamente se dice que las mismas solo rinden “aproximaciones” de los verdaderos datos que deseamos obtener, consecuentemente, dado que no se puede aceptar o prohibir operaciones con datos y métodos erróneos y/o insuficientes, se minimiza la importancia de su uso y efectividad. A ello se suma, la ausencia de institucionalidad de las autoridades de competencia, criticada durante los últimos tiempos; y, no faltan las fundamentaciones referidas a su utilización y tergiversación al servicio de intereses personales.

Por lo expuesto, como se ha ido describiendo, hoy en día, los análisis económicos de los procesos de concentración empresarial, se han convertido en herramienta útil que permite evaluar los posibles perjuicios en los mercados y los consumidores. Las técnicas y metodologías económicas utilizadas, se desarrollan al ritmo de la evolución del mundo y al compás de los nuevos modelos de negocio; esto hace que sea importante que las autoridades de

21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Iberoamericana de Derecho y Economía (ALACDE)

defensa de la competencia, cuenten con especialistas económicos que fortalezcan sus trabajos, quienes también desarrollarán nuevos métodos ante nuevos modelos de negocio –como las plataformas digitales y/o mercados de dos lados-.