

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ASAMBLEA NACIONAL
LEGISPAN
LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Tipo de Norma: RESOLUCION

Número: 31

Referencia: N° A-031-09

Año: 2009

Fecha(dd-mm-aaaa): 16-07-2009

Título: (POR LA CUAL SE APRUEBA LA GUIA PARA EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONOMICAS.)

Dictada por: AUTORIDAD DE PROTECCION AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA

Gaceta Oficial: COMPETENCIA

Rama del Derecho: 26489

Publicada el: 15-03-2010

DER. ADMINISTRATIVO, DER. ECONÓMICO, DER. COMERCIAL

Palabras Claves:

Protección al consumidor, Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), Cláusulas abusivas, Economía

Páginas:

Rollo: 24

Tamaño en Mb: 3.258

573

Posición: 511

RESOLUCIÓN No. A-031-09
(De 16 de Julio de 2009)

**EL ADMINISTRADOR DE LA AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y
DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante la Autoridad) es una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno y creada por la Ley 45 de 2007.

El numeral 16 del artículo 86 de la norma supra citada establece como función de la Autoridad, investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y conductas prohibidas por la Ley 45 de 2007, de igual manera el numeral 2 del artículo 98 nos faculta para recabar documentos, tomar testimonios y obtener elementos probatorios de instituciones públicas o privadas.

El artículo 7 de la Ley en comento prohíbe cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o que de cualquier otro modo, vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procedimiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

Que el artículo 21 de la Ley 45 establece que se prohíben las concentraciones económicas cuyo efecto sea o pueda ser disminuir, restringir, dañar o impedir, de manera irrazonable, la libre competencia económica y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

De conformidad con el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 45 de 2007, y en concordancia con el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009, la Autoridad está facultada para emitir instructivos o guías para el uso público.

Que las actuaciones que realiza Autoridad deben estar amparadas en parámetros objetivos y transparentes, a fin de cumplir con el objetivo primario establecido en el artículo 1 de la Ley 45, por lo que se hace necesario la elaboración de guías y procedimientos.

La Autoridad ha desarrollado para el mejor entendimiento de los agentes económicos una guía para el Control de las Concentraciones Económicas.

Que luego de las consideraciones antes expuestas,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Aprobar la "La Guía para el Control de las Concentraciones Económicas", cuyo texto es del tenor siguiente:

REPÚBLICA DE PANAMÁ

**LA AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA
DE LA COMPETENCIA (ACODECO)**

**GUÍA PARA EL CONTROL DE LAS
CONCENTRACIONES ECONÓMICAS
(ARTÍCULO 21 DE LA LEY 45 DE 2009)**

Panamá, Julio de 2009

TABLA DE CONTENIDO

OBJETIVOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.....	4
PARTE I: EL ALCANCE DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.....	5
SECTORES DE ACTIVIDAD.....	5
EL ALCANCE TERRITORIAL.....	5
EL ALCANCE TEMPORAL.....	5
PARTE II: CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.....	6
MODALIDADES DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.....	7
EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE CONCENTRACIONES RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA ..	7
EXCLUSIÓN AL CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.....	8
CONCENTRACIONES HORIZONTALES, VERTICALES Y DE CONGLOMERADOS.....	8
PARTE III: LA METODOLOGÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO.....	9
1. MERCADO PERTINENTE.....	9
1.1. <i>Definición de Mercado Productivo.....</i>	<i>10</i>
1.1.1. <i>Sustituibilidad por el lado de la demanda.....</i>	<i>11</i>
a) <i>Visión, estrategia y comportamiento de los oferentes.....</i>	<i>11</i>
b) <i>Comportamiento e identidad de los compradores.....</i>	<i>11</i>
c) <i>Uso final del producto.....</i>	<i>11</i>
d) <i>Los Costos y el tiempo de transacción.....</i>	<i>11</i>
e) <i>Evolución de los precios reales.....</i>	<i>12</i>
f) <i>Existencia de productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados.....</i>	<i>12</i>
1.1.2. <i>Sustituibilidad por el lado de la oferta.....</i>	<i>12</i>
1.2. <i>Definición de mercado geográfico.....</i>	<i>13</i>
1.2.1. <i>Visión y estrategia de los compradores y de los oferentes.....</i>	<i>14</i>
1.2.2. <i>Costos de transporte.....</i>	<i>14</i>
1.2.3. <i>Costos de Transacción.....</i>	<i>15</i>
1.2.4. <i>Costos locales.....</i>	<i>15</i>
1.2.5. <i>Especificaciones del producto.....</i>	<i>15</i>
1.2.6. <i>Relación de precios y precios relativos.....</i>	<i>15</i>
1.2.7. <i>Patrones de transporte.....</i>	<i>15</i>
1.2.8. <i>Competencia de productos importados.....</i>	<i>15</i>
2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PARTICIPANTES EN EL MERCADO PERTINENTE.....	16
3. EFECTOS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL MERCADO.....	16
3.1. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES ESTRUCTURALES DEL MERCADO.....	17
3.1.1. <i>Estimación del grado de concentración.....</i>	<i>17</i>
3.1.1.1. <i>Índice HHI.....</i>	<i>18</i>
3.1.1.2. <i>Índice de Dominancia.....</i>	<i>18</i>
3.1.2. <i>Consideraciones sobre los valores de los indicadores de concentración.....</i>	<i>19</i>
3.1.3. <i>Ejemplo de cálculo.....</i>	<i>19</i>
3.2. CONDICIONES DE ENTRADA AL MERCADO.....	20
3.3. CONDICIONES DE RIVALIDAD.....	22
3.3.1. <i>Análisis de la probabilidad de ejercicio individual y colectivo de poder de mercado.....</i>	<i>22</i>
3.3.2. <i>Probabilidad de realización de prácticas colusorias.....</i>	<i>23</i>
PARTE IV: BENEFICIOS ECONÓMICOS.....	23
1. ECONOMÍAS DE ESCALA.....	25
2. ECONOMÍAS DE ALCANCE.....	24
3. ECONOMÍAS DE COSTOS DE TRANSACCIÓN.....	24
4. INTRODUCCIÓN DE UNA NUEVA TECNOLOGÍA.....	24
5. PODER DE MERCADO COMPENSATORIO.....	24
PARTE V: CALIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.....	25

PRESENTACIÓN

1. La Ley 45 de 2007, por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas, introduce el control de las concentraciones económicas. En ese sentido, la Ley prohíbe en su artículo 21 aquellas concentraciones económicas cuyo efecto sea o pueda ser disminuir, restringir, dañar o impedir, de manera irrazonable, la libre competencia económica y la libre concurrencia.

2. La Ley define en el primer párrafo del mismo artículo 21 como concentración económica, la fusión, la adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se agrupen sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos, establecimientos o activos en general, que se realice entre proveedores, clientes u otros agentes económicos competidores entre sí.

3. El objetivo de estas guías es presentar los lineamientos generales que se seguirán para el análisis de las concentraciones económicas, en función de determinar si una de estas operaciones contraviene la prohibición establecida en el artículo 21 de la Ley 45 de 2007, en tanto pueda generar efectos restrictivos sobre la libre competencia económica o la libre concurrencia. La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante la Autoridad) aplicará estos lineamientos en forma flexible y razonable de acuerdo a los hechos y circunstancias particulares de cada concentración económica, tanto si se trata de una evaluación previa como si se trata de una investigación iniciada de oficio.

4. Cabe señalar que el marco legal de referencia para estas guías se encuentra constituido por las disposiciones contenidas en los artículos 8º, 9º, 10º, 18º, 19º, 21º, 23º, 27º, 28º y 29º de la Ley.

5. La revisión de las concentraciones económicas se realiza con base en la notificación voluntaria establecida en el artículo 23 de la Ley 45¹, o en función de la investigación de oficio que inicie la Autoridad respecto a una operación que habiéndose perfeccionado, no hubiera sido notificada y pudiera presentar consecuencias sobre la competencia en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley.

6. El artículo 21 de la Ley faculta a los agentes económicos a notificar la operación, para que la Autoridad realice una verificación previa. La Autoridad emitirá una resolución con el resultado de la evaluación, dentro de los sesenta días contados a partir de la fecha

en que se reciban todos los datos y documentos en forma satisfactoria.

7. Considerando la importancia de un control efectivo de concentraciones económicas, por un lado, y de la continuación de los negocios, por otro, la Autoridad estimula la realización de verificaciones previas. Someter una concentración económica a esta evaluación previa elimina la inseguridad relativa a la legalidad del acto de concentración, pues de acuerdo con el artículo 25 de la Ley, una vez aprobada, una concentración notificada no puede ser impugnada posteriormente por la Autoridad.

OBJETIVOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

8. Las concentraciones económicas, en principio, implican que una entidad desaparece como entidad independiente en el mercado, razón por la cual desaparece del mercado una entidad competidora. La reducción en el número de competidores, la eventual capacidad de controlar mercados de insumos o activos específicos fundamentales para la dinámica competitiva de un mercado, son factores que pueden reducir el grado de competencia que resultaría en el mercado afectado por la concentración económica. Las empresas, cuando realizan este tipo de negociaciones, buscan mejorar su posición competitiva en los mercados, y generalmente una concentración puede implicar sinergias y eficiencias productivas para la entidad resultante de la operación.

9. El control de las concentraciones económicas tiene como objetivo determinar si a raíz de estas operaciones se produce una reducción en la competencia, a un grado tal que los beneficios competitivos que puede generar no compensen el costo social equivalente a la afectación de la competencia.

10. Así, en los actos de concentración es necesario distinguir entre las concentraciones que sean neutrales ni pro-competitivas, de aquellas que reduzcan la competencia y que, en consecuencia, reducen la eficiencia de la economía panameña, por lo que entran dentro de la prohibición del artículo 21 de la Ley.

11. La Ley 45, en su artículo 27, establece los parámetros que deben cumplirse para determinar cuándo una concentración económica genera una afectación de la competencia prohibida en el artículo 21:

"Artículo 27. Presunciones. Para los efectos de la verificación que debe conducir la Autoridad, se presumirá que la concentración tiene un objeto o efecto prohibido por esta Ley cuando el acto o la tentativa:

1. Confiera o pueda conferir, al fu-

¹ Artículo 23. **Verificación Previa.** Antes de surtir sus efectos, las concentraciones podrán ser notificadas y sometidas, por el agente económico interesado, a la verificación de la Autoridad

sionante, al adquirente o al agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o de restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

2. Tenga o pueda tener por objeto desplazar a otros competidores existentes o potenciales, o impedirles el acceso al mercado pertinente.

3. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente, a los participantes en dicho acto o tentativa, el ejercicio de prácticas monopolísticas prohibidas.

Estas presunciones podrán desvirtuarse aportando al efecto prueba en contrario."

12. Esta Guía para el Control de Concentraciones Económicas contiene cinco partes principales:

- La primera parte elabora el alcance del régimen de control de concentraciones económicas previsto en la Ley;
- La segunda parte desarrolla las pautas que deben seguirse para determinar la existencia de una concentración económica en los términos definidos en la Ley 45;
- La tercera parte presenta la metodología de análisis económico, a través de la cual se define el mercado afectado por la concentración y se evalúan los efectos de esta operación según los parámetros establecidos en los artículos 21 y 27 de la Ley 45.
- La cuarta parte corresponde con el análisis de las eficiencias o beneficios que pudiera producir la concentración y que deben ser tomados en cuenta a la hora de apreciar si se han afectado la libre competencia económica y la libre concurrencia.
- En una quinta parte, se presenta una síntesis de la conclusión que debe producir la evaluación de una concentración económica.

PARTE I:

EL ALCANCE DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

13. El ámbito de la regulación de concentraciones económicas está determinado por su aplicación a sectores de actividad, su alcance territorial y su alcance temporal.

Sectores de actividad

14. En aquellos casos de fusiones y adquisiciones que requieran la aprobación concurrente de alguna entidad diferente a la Autoridad (como en el caso del sector bancario), el visto bueno a dicha concentración económica por parte de un ente regulador sectorial no implica que la mencionada operación no sea violatoria de la Ley 45 de 2007, y por lo tanto puede ser sometida a la evaluación correspondiente por parte de la Autoridad.

El alcance territorial

15. La Ley se aplica a todas las concentraciones económicas que puedan afectar la economía de la República de Panamá. En general, son susceptibles de revisión aquellas concentraciones económicas que afecten el mercado panameño, ya sea que las empresas o unidades que se concentran realicen las actividades de producción o procesamiento dentro o fuera del territorio nacional, siempre y cuando los productos o servicios sean comercializados dentro del territorio nacional.

El alcance temporal

16. Se distingue entre concentraciones que hayan sido objeto de una verificación previa por parte de la Autoridad y concentraciones no verificadas. El alcance temporal de esta regulación está determinado por el lapso de impugnación de las concentraciones establecido en el artículo 25 de la Ley 45, según el cual las concentraciones que no se hayan sometido voluntariamente a verificación, no podrán ser impugnadas después de tres (3) años de haberse efectuado.

17. En virtud del período de prescripción de la impugnación previsto de esta manera, se entiende que cuando una concentración no se haya sometido voluntariamente a verificación, la Autoridad puede dentro de un período de tres (3) años luego de haberse perfeccionado, terminar una investigación de oficio y emitir decisiones con respecto a la misma (artículo 25 de la Ley).

18. Las concentraciones que hayan sido verificadas, y cuenten con el concepto favorable, no pueden ser impugnadas posteriormente por la Autoridad, salvo cuando la resolución esté sustentada sobre la base de información falsa o incompleta proporcionada por los agentes económicos involucrados (artículo 24 de la Ley). En el último caso, se trata la concentración como una concentración no verificada.

PARTE II:

CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

19. El artículo 21 de la Ley define las concentraciones económicas de la siguiente manera:

" Se entiende por concentración económica la fusión, la adquisición del control o cualquier acto en virtud del cual se agrupen sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos, establecimientos o activos en general, que se realice entre proveedores o potenciales proveedores, entre clientes o potenciales clientes, y otros agentes económicos competidores o potenciales competidores entre sí."

20. Los dos conceptos centrales para calificar una negociación como concentración en los términos de la Ley son la adquisición de control y la agrupación.

El concepto de agrupación se desprende directamente de la definición de agente económico que prevé el artículo 9 de la Ley 45. De acuerdo con el texto legal, se considera un solo agente económico al conjunto de las personas jurídicas de derecho privado que estén controladas por un mismo grupo económico (artículo 9 de la Ley). En el ámbito de la Ley, el parámetro clave para determinar cuáles entidades, directa o indirectamente, vinculadas a un agente económico forman parte del grupo económico correspondiente, es la tenencia de control.

CONCEPTO DE CONTROL

22. El control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en su conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa y, en particular:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.²

23. El control, así definido, generalmente existe cuando se posee la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad. Sin embargo, en circunstancias especiales, la posesión de una minoría del capital

social y de los derechos de voto puede resultar en control. Una minoría cualificada es una minoría que resulta en control. Existe una minoría cualificada cuando la participación minoritaria conlleva derechos específicos inherentes como, por ejemplo, acciones preferentes de voto u otros derechos que permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa tales como el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, junta directiva o el derecho de dirigir las actividades y determinar la política comercial de la entidad.

24. Tomando en consideración el concepto decisivo de control, existe una operación de concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen; o cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas, adquieran directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de varias otras empresas, ya sea mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio.

25. Asimismo, se constituye una concentración a través de la creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente en sus procesos de toma de decisiones respecto a otros participantes en el mercado.³

26. La posibilidad de influir decisivamente en las actividades de una empresa puede establecerse o adquirirse a través de acuerdos entre accionistas (*shareholder agreements*), contratos de administración (*management contracts*) y otros arreglos contractuales que involucren corporaciones, sociedades, alianzas estratégicas (*joint ventures*), combinaciones y otras entidades. Adicionalmente, préstamos, deudas, obligaciones, arreglos de suministro o de distribución que puedan conferir la influencia en las decisiones gerenciales de otra empresa constituyen concentraciones en el sentido que se ha definido en esta sección.⁴

27. En función de la diversidad de negociaciones que pueden dar lugar a cambios en la conformación del mercado, es necesario distinguir algunas figuras que no constituyen concentraciones económicas en los términos que se ha definido dentro de este documento.

² Artículo 3, Reglamento (CEE) NÚM. 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas modificado por el Reglamento (CEE) Número 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 (Versión Consolidada).

³ Apartados 1 y 2 del artículo 3 del reglamento europeo antes citado. El tratamiento de entidad económica independiente implica reconocer una entidad que constituya una presencia económica en cuanto a su posibilidad de ser protagonista dentro de las interacciones que ocurren en el mercado.

⁴ *Merger Enforcement Guidelines*, Bureau of Competition, Canada.

En ese sentido, se entiende que no se produce una operación de concentración:

Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o sociedades de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posean con carácter temporal participaciones que hayan adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o si sólo ejercen dicho derecho de voto con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de dicha empresa o de sus activos, o la realización de dichas participaciones, y dicha realización se lleva a cabo en el plazo de un año a partir de la fecha de adquisición;

Cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública, relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, concurso de acreedores u otro procedimiento análogo;

Cuando la toma de control de una entidad sobre otra mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, sea realizada por asociaciones de participación financiera, con la restricción de que los derechos de voto vinculados a las participaciones sólo serán ejercidos, en particular mediante el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y vigilancia de las empresas cuyas participaciones ostenten, para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar directa o indirectamente las actividades competitivas de dichas empresas.

Modalidades de concentraciones económicas

28. Se entenderá que las siguientes constituyen operaciones de concentración económica:

- a) La fusión efectuada entre dos o más de las personas cuando éstas no se encuentren vinculadas entre sí.
- b) La constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos o más personas entre las cuales no exista una relación de control o vinculación, cuando tal operación tenga como efecto una concentración económica y la empresa resultante desempeñe, con carácter permanente, las funciones de una entidad económica independiente en sus procesos de toma de decisiones respecto a los demás participantes en el mercado, y no tenga por objeto una mera coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí, ni entre éstas y la empresa común.
- c) La adquisición, directa o indirecta, por una o más personas, del control sobre otras empre-

sas, a través de la adquisición de acciones; la toma de participaciones en el capital, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control de una empresa.

d) La adquisición de activos productivos tangibles o intangibles⁵, o de fideicomisos⁶.

e) Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo ventas judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, por medio de los cuales se concentren empresas, divisiones o partes de empresas, o activos productivos en general.

Excepción a la prohibición de concentraciones restrictivas de la competencia

29. **Situación Declinante.** El artículo 21 establece que no se consideraran concentraciones económicas prohibidas las que recaigan sobre un agente económico que haya incurrido en pérdidas de forma sistemática y perdido participación de mercado de forma tal que esto amenace su permanencia en dicho mercado, siempre que este compruebe haber buscado infructuosamente compradores no competidores. 30.

Siendo que se trata de una excepción, ha de entenderse que esta previsión aplica a operaciones que generen efectos sobre la competencia señalados en la prohibición correspondiente al párrafo primero del artículo 19. Esta excepción pretende preservar los activos productivos dentro del mercado como condición preferida a la desaparición del competidor y de los activos. De esta manera, una vez que se haya determinado que una concentración económica puede causar perjuicios a la competencia, la misma no estará prohibida en tanto se comprueben 4 elementos en forma concurrente:

Que la empresa a ser adquirida se encuentre en situación de insolvencia. Se entiende que una empresa se encuentra en esta situación cuando ha cesado en el pago a sus acreedores (financieros y comerciales).

Que hayan resultado infructuosos esfuerzos de venta adicionales. Se entiende que se han realizado esfuerzos de venta cuando los potenciales compradores han recibido la in-

⁵ Es preciso aclarar que tanto las plantas, como los activos necesarios para las actividades de distribución y las marcas, entran dentro de lo que se entiende como activos productivos, con la salvedad que los dos primeros corresponden con lo que se conoce como activos tangibles mientras las marcas son activos intangibles.

⁶ La adquisición de activos y de fideicomisos será relevante a los efectos de identificar que se ha realizado una concentración, en aquellos casos en que tales activos o títulos definan la presencia de una entidad o presencia económica diferenciable en el mercado. Por ejemplo, la propiedad de una marca reconocida dentro de un mercado de productos de consumo masivo, o la propiedad de una planta en un mercado de cemento.

formación demandada usualmente por un comprador sobre la empresa a adquirir, y a su vez se ha recibido una oferta razonable de venta, esto es, que sea superior al valor de liquidación de los activos de la empresa. Los esfuerzos de venta deben probar que se ha intentado vender la empresa o los activos de ésta a compradores alternativos a aquel competidor con el cual se haya calificado la concentración económica como dañina para el mercado. En consecuencia, estos esfuerzos incluyen compradores alternativos sean o no participantes dentro del mismo mercado pertinente afectado por la concentración económica.

La imposibilidad de reestructuración de la empresa. Esto quiere decir, que además de haber cesado en el pago a sus acreedores, la empresa presenta un estado financiero que refleja su imposibilidad de obtener financiamiento para cubrir sus deudas.

La salida de los activos productivos del mercado pertinente en caso de no concretarse la operación de concentración. Dentro del análisis debe probarse que puedan salir del mercado tanto las plantas productivas como los activos intangibles. El riesgo de salida de los activos se establece a partir de algunas consideraciones de hecho, entre las cuales se encuentran:

La imposibilidad de continuar operando en el corto plazo que se desprende del deterioro de las relaciones comerciales de la empresa y de la imposibilidad de conseguir recursos financieros;

Las especificidades asociadas a la producción y comercialización limitan el espectro de potenciales compradores;

La existencia de activos específicos para la producción de determinados bienes limita la posibilidad de vender los activos productivos de forma separada; y

El valor y posibilidad de explotación en el mercado de los activos intangibles depende de la operatividad de la empresa.

Exclusión al concepto de concentración económica

31. **Asociaciones Accidentales.** No se consideran concentraciones económicas para los efectos de este capítulo, las asociaciones accidentales que se realicen por un tiempo definido para desarrollar un proyecto determinado. Los requisitos "tiempo definido" y "proyecto determinado" se interpretan de forma muy restrictiva.

32. La naturaleza de las asociaciones accidentales es la unión de dos o más empresas en tanto se concluya el negocio propuesto o el proyecto en ejecución. ¿Cuándo una asociación deja de ser accidental? Pues cuando permanece en el tiempo. Vale decir, que cualquier proyecto que no tenga términos de realización definidos pasa a constituir una modifi-

cación permanente en la conformación de quienes participan en el mercado, dando lugar a la fusión de dos sociedades, o lo que es lo mismo, a la conformación de un agente económico que incorpora a quienes forman parte de la denominada "asociación accidental".

33. En ese sentido, el análisis del alcance temporal de las asociaciones definidas de esta manera implica la identificación del término del proyecto en función de los objetivos concretos del mismo.

34. En los casos de asociaciones accidentales el término de prescripción para la impugnación se considerará en función del momento en el cual la Autoridad haya evaluado que la operación excede los límites que la definían como una asociación accidental, y pasa a ser considerada como una concentración económica. Sólo entonces comenzará a contar el lapso de prescripción para la impugnación, pues desde el momento que se elimina el carácter accidental, es cuando se produce una concentración económica.

35. **Acuerdos Concentrativos.** Algunos convenios de asociación combinan las firmas tan enteramente, que éstos deben ser analizados como fusiones. Estos acuerdos pueden ser denominados como "acuerdos concentrativos" pues la entidad que lo ejecuta funciona como una entidad separada.

36. Para determinar si un convenio de asociación es concentrativo y en consecuencia no excede la definición de "asociación accidental" y la excepción aquí analizada, debe hacerse la siguiente pregunta ¿esta transacción esencialmente reemplazará dos competidores viables en el mercado en una forma permanente?

37. De lo anterior se desprende que cualquier contrato, convenio o negociación que se corresponda con un acuerdo concentrativo, debe ser tratado como una concentración económica. En otros casos, los acuerdos cooperativos serán revisados dentro del contexto de las prácticas monopolísticas previstas en la Ley 45 de 2007 y no se aplicará los criterios de fondo desarrollado en el artículo 21 ni en esta Guía.

Concentraciones horizontales, verticales y de conglomerados

38. La metodología es más directamente aplicable para las fusiones horizontales, esto es, fusiones que involucren productores, proveedores o distribuidores de bienes o servicios que sean competidores entre sí.

39. Las concentraciones económicas pueden ser de distintos tipos, según cuál sea la relación entre los mercados en los que operan las empresas involucradas.

40. **Concentración Horizontal** En una concentración horizontal, una empresa se concentra con otra que produce y vende un producto idéntico o similar en la misma área

geográfica, eliminándose así la competencia entre ambas empresas. En una concentración *vertical*, una entidad adquiere una empresa "demandante" o "proveedora", actual o potencial, mientras que una concentración de *conglomerado* comprende operaciones donde las partes no poseen una relación económica evidente.

41. En términos generales, las concentraciones horizontales demandan mayor atención que los otros dos tipos, y la metodología de análisis propuesta en estas Guías se aplica principalmente a ese grupo. Sin embargo, cualquier tipo de concentración, dependiendo de las características particulares de los mercados involucrados, puede generar los efectos prohibidos en el artículo 21 y desarrollados a través de las presunciones del artículo 27.

42. **Concentraciones Verticales.** Así, en el caso de las concentraciones verticales, éstas pueden afectar la competencia de dos maneras fundamentales; a través del incremento de la concentración y reducción de la competencia en cada uno de los mercados involucrados, por una parte. En segundo lugar, pueden incrementar las barreras a la entrada que deben enfrentar los nuevos competidores en uno o ambos de esos mercados.

43. En el primero de los casos, una concentración vertical que implica adquirir un proveedor o un distribuidor, reduce el número de proveedores o de clientes (según sea el caso) cuando el resultado de la concentración implica la adopción de un esquema de integración vertical en el cual una de las empresas deja de atender clientes en el mercado para convertirse en una unidad de provisión dentro de una cadena más completa. De ser así, el grado de concentración en el mercado podría aumentar o levantarse barreras de acceso en cuanto al grado de integración vertical necesario para participar en el mercado. A partir de esas consideraciones se analizaría la posibilidad de que se generen efectos anticompetitivos en los mercados.

44. En relación con las barreras de acceso al mercado, este tipo de operación podrá generar un efecto negativo en el mercado si un nuevo competidor que deseara entrar en cualquiera de las etapas involucradas se viera obligado a poseer sus propias fuentes de aprovisionamiento (o de distribución o de comercialización, según sea el caso), lo cual haría más costosa la entrada de nuevos participantes.

45. La afectación de la competencia así descrita se corresponde con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 27, y para determinar la existencia de la restricción a la competencia se seguirán las pautas metodológicas desarrolladas en esta Guía.

PARTE III:

LA METODOLOGÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

46. Esta sección busca establecer una metodología de análisis más adecuada a las realidades de los esfuerzos de investigación y disponibilidad de información presentes en la economía panameña. Esta metodología permite construir los elementos analíticos que establecen la legislación vigente en cuanto a determinación de mercado pertinente y análisis de poder sustancial.

47. De esta manera el primer cambio que se ha introducido, es la utilización dentro de la definición de mercado pertinente, de un enfoque cualitativo para la identificación de los productos sustitutos en sustitución de la definición de monopolista hipotético contenida en las guías anteriores. La nueva aproximación permite que se llegue al mismo resultado de identificar los productos y empresas que compiten en un mercado pertinente utilizando la información que pueda recogerse de diferentes participantes del mercado, en lugar de la construcción de modelos que como tales, son limitados.

48. En segundo lugar, se ha adoptado algunas modificaciones en las secciones que permiten construir el análisis de los efectos económicos de la concentración económica investigada en el sentido de que se ha sustituido la utilización del indicador de concentración C4, por los otros indicadores que son más poderosos en cuanto a la posibilidad de predecir la relación entre estructura y comportamiento del mercado. Adicionalmente, se han introducido modificaciones en cuanto a los elementos tomados en cuenta para determinar los aspectos de barreras de entrada y de dinámica de rivalidad, en función de adoptar un esquema más directo en cuanto a la construcción de las conclusiones de la evaluación.

1. MERCADO PERTINENTE

49. El mercado es el conjunto de productos y áreas geográficas en que la competencia entre las empresas es más directa. La definición de un mercado es el proceso de identificación del conjunto de productos, de agentes económicos (compradores y productoras) y áreas geográficas que efectivamente limitan las decisiones referentes a precios y cantidades de una empresa, esto es, del grupo de productos y áreas geográficas que determinan la oferta de productos sustitutos más cercanos.

50. El mercado pertinente se determinará en términos de los bienes o servicios (de ahora en adelante simplemente productos) que lo componen (dimensión del producto) y del área geográfica para la cual la venta de estos productos es económicamente viable (dimensión geográfica).

51. Los elementos necesarios para completar la definición que se ha expuesto desarrollan los criterios establecidos en el artículo 18 de la Ley 45, a saber:

Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, y la capacidad de los consumidores de contar con bienes o servicios sucedáneos.

Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos, de sus complementos y de sus sustitutos dentro del territorio nacional o en el extranjero, teniendo en cuenta los costos de transporte, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado pertinente.

Los costos y posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados, y

Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

La dinámica de innovaciones.

1.1. Definición de Mercado Producto

52. La determinación del mercado producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética para poder imponer un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo. Tal conjunto incluye aquellos productos hacia los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores si se produjera un incremento dado en el precio de cualesquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo. Asimismo, dicho conjunto abarca aquellos otros productos que, como resultado de la reacción de otras empresas competidoras frente al aumento de precios, se convertirían en alternativas ciertas para el consumidor en el corto plazo, como resultado de la entrada de dichas empresas como productores u oferentes de los productos objeto de la operación de concentración o de los bienes sustitutos de aquellos.

53. Para cubrir esos objetivos, desde el punto de vista de la demanda, es necesario determinar en qué medida: (i) los compradores o consumidores estarían dispuestos a desplazar su decisión de consumo hacia otros productos sustitutos; y (ii) si los compradores estarían dispuestos a reorientar su demanda hacia el mismo producto vendido en otras áreas geográficas.

54. Para poder identificar los productos hacia los cuales se desplazaría la demanda del producto objeto de análisis en caso de que se modificase su precio o la variable de decisión relevante por parte de los consumidores, se cubrirán diversos aspectos que permitan delimitar las preferencias de los consumidores, y establecer cuáles serían sus decisiones de

sustitución económica y técnica entre productos. Si la respuesta de los consumidores ante incrementos en los precios es que éstos no se cambiarían o demandar ningún otro producto y pagarían un precio más alto, entonces es correcto considerar el producto singular como la totalidad del mercado en términos de producto.

55. En caso de que sí se produjeran reacciones de intercambiabilidad ante variaciones en los precios, se inicia el análisis considerando un producto en particular con la finalidad de determinar cuáles son los productos que pueden ser considerados como sustitutos, de manera que se incorporen al mercado producto, uno a uno, aquellos productos cuya sustitución económica y técnica sea factible. A veces existen compradores que difieren significativamente en su posibilidad de cambiarse a otros productos en respuesta a un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio.

56. A partir del análisis de los aspectos que constituyen la decisión de consumo, se considerarán como parte del mercado, progresivamente, cada producto que cumpla con el requisito de sustitución, es decir aquella alternativa que esté disponible para los demandantes en cantidades suficientes a precios constantes y que cuente con el mayor porcentaje de la desviación de la demanda en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio. La idea es incluir en el mercado aquellos productos hacia los cuales la respuesta es suficientemente importante, en términos del volumen de mercado que responde a variaciones en los precios, para hacer improductivo el aumento de precios⁷. De allí que se desarrolla una dinámica de competencia entre productos.

57. La utilización de métodos cualitativos se basa principalmente en la información que sea suministrada por las partes en la concentración económica, y la información que se recoja de otros actores, incluyendo la opción de recurrir directamente a los consumidores en el mercado para evaluar sus preferencias y decisiones. Definir un producto "pertinente" es, en términos económicos, un intento de evaluar indirectamente la elasticidad de sustitución entre un producto y su mejor sustituto.

58. El análisis de mercado pertinente debe aplicarse separadamente para cada uno de los productos objeto de la concentración económica. En función de los conceptos que se han enunciado, a continuación se exponen las pautas que llevarían a la Autoridad a concluir respecto a la sustituibilidad factible y oportuna que puede presentarse en el mercado. El análisis del mercado en términos de producto abarca los estudios de sustituibilidad por el lado de la demanda y sustituibilidad por

⁷ Esta idea corresponde con el concepto de consumidor marginal.

el lado de la oferta, mientras que la dimensión geográfica del mercado se desarrolla en una sección posterior.

1.1.1. Sustituibilidad por el lado de la demanda

59. El análisis sobre la posibilidad de los consumidores de sustituir los productos analizados por otros se elabora bajo este encabezado. En general, dos productos son sustitutos cuando sus consumidores pueden y están dispuestos a modificar las cantidades que demandan de cada producto en respuesta a una variación en los precios relativos entre los dos productos.

a) Visión, estrategia y comportamiento de los oferentes

60. Este aparte se refiere a la visión que tengan las empresas vinculadas a la operación y los demás oferentes que participan en la oferta de los productos evaluados respecto a los productos que consideran como rivales del producto evaluado. Es decir, se trata de abstraer el proceso de formación de decisiones comerciales de los vendedores y se aprecia si ellos prevén la sustitución entre productos. Aquí debe estudiarse qué tipo de consideraciones toman las empresas que ofertan un mismo producto, incluyendo, por ejemplo, si acuerdan modificaciones en los empaques de sus productos, si siguen estrategias de productos similares, la estacionalidad de las promociones y la inversión en el desarrollo de canales de distribución particulares.

61. La información necesaria para conocer la visión de las empresas generalmente se encuentra en las documentaciones de planificación y seguimiento de las ventas de los productos; los análisis de mercado que hacen las empresas, y en ocasiones en los perfiles existentes para cada producto que fabrica o comercializa.

b) Comportamiento e identidad de los compradores

62. Dentro de los análisis de mercado debe considerarse el comportamiento pasado de los compradores y los planes estratégicos de negocios que elaboran las empresas en función del comportamiento previsible de sus clientes. Estos aspectos proveen información útil respecto a evaluar si los compradores probablemente se cambiarían a otro producto, en caso que se registraran aumentos en los precios.

Para completar este análisis es preciso conocer las características generales de los consumidores del producto objeto de análisis, a partir de la información que se obtenga directamente de ellos y de la información que pueda recogerse a partir de los participantes en las actividades de promoción, comercialización, distribución, etc.

Uso final del producto

63. Este es uno de los aspectos más importantes para determinar la sustitubilidad, en la medida que esta decisión de los consumidores que se pretende sintetizar, puede ser factible, suficiente y oportuna (en el corto plazo). La intercambiabilidad funcional entre dos productos es por lo general necesaria, mas no suficiente para garantizar la inclusión de productos dentro de un mismo mercado pertinente.

64. A partir de la especificidad del consumo puede investigarse la sustitución económica, es decir, si las variaciones en los precios relativos entre un producto y su supuesto sustituto es efectivamente ejercida cuando se modifica la variable económica, o ésta es limitada o condicionada por otros aspectos como las características físicas y técnicas del producto, costos asociados con la transferencia de la demanda, entre otros.

65. A pesar de que dos productos puedan ser considerados como pertenecientes al mismo mercado pertinente con base en su intercambiabilidad funcional, dichos productos con frecuencia pueden corresponder a mercados diferentes, como consecuencia del mayor valor que los compradores den a una determinada característica técnica o física que posea uno de estos productos. Así, el grado de especificidad de un producto, en virtud de la valoración de atributos físicos o técnicos particulares, puede determinar que un producto pase a constituir un mercado en sí mismo, descartando la posibilidad de sustitución efectiva por los productos que funcionalmente tienen los mismos usos. Otros productos que podrían influir en esas decisiones de sustitución son la reputación del producto o del fabricante, la moda y fenómenos de consumo puntual.

d) Los Costos y el tiempo de transacción

66. Los costos de transacción⁸ y el tiempo requerido para sustituir el consumo de un producto por un supuesto sustituto, pueden determinar que la sustitución funcional se haga efectiva. En consecuencia, es importante apreciar si los costos de transacción en los

⁸ Los costos de transacción pueden definirse como todos aquellos costos que facilitan el proceso de intercambio para que éste pueda tener lugar. Los costos de transacción incluyen el costo de estar informado acerca de las cantidades y cualidades de un determinado bien, teniendo en cuenta que la naturaleza general de un producto puede incluir su precio, disponibilidad, durabilidad, facilidades de servicio y mantenimiento, grado de seguridad, garantías, etc. Además de estos costos, incluyen los costos en que se incurre para negociar la venta del bien. De esta manera, la especificación y ejecución de cualquier contrato de venta, así como los costos de hacer exigibles dichos contratos constituyen costos de transacción. Le Roy Miller, R. y Meiners, R.E. *Microeconomía*, Tercera Edición, McGraw Hill, México, 1990.

cuales tendrían que incurrir los compradores para cambiar su consumo al del producto sustituto son suficientes para inhibir la suficiencia y oportunidad de este cambio en la demanda. Si estos costos son altos, la sustitución efectiva no se realizará y no podrá considerarse el producto sustituto como parte del mismo mercado pertinente. Estos costos de transacción pueden consistir en los costos de reequipar, reempacar y/o adaptar los productos, los costos asociados con el incumplimiento de contratos de suministro (cuando los términos de los contratos de suministro son a largo plazo puede ser costoso cambiar de proveedor), el aprendizaje de nuevos procedimientos, etc.

67. También es importante considerar el tiempo que tomaría a los demandantes cambiar su consumo de un producto por otro.

e) Evolución de los precios reales

68. Se analiza la evolución de los precios reales de los posibles sustitutos, ya que si dos productos son sustitutos efectivos, da no producirse variaciones en la calidad y en otros atributos de los productos, sus movimientos de precios en el tiempo tendrán una alta correlación (o evolucionarán en forma muy parecida en el tiempo). Debe valorarse dentro del análisis que esa evolución de los precios sea explicada por razones diferentes a la rivalidad entre los productos, como podría ser la evolución de los precios de un insumo común, inflación, políticas de precios de firmas multi-productos, y otras variables.

69. Los análisis de precios son limitados en el sentido que la confiabilidad de la información respecto a los movimientos y niveles de los precios es reducida, por la dificultad de comprobar los precios netos a los cuales las ventas son efectuadas.

70. El análisis de precios puede tener otras extensiones como el análisis de la competencia potencial de otros productos. En ese sentido, sería necesario, además de determinar indicadores de correlación, observar la relación entre la posibilidad de entrada de competidores potenciales con las decisiones de precios de las empresas ya instaladas en el mercado.

f) Existencia de productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados

71. En el análisis de sustitución debe evaluarse la posibilidad de que los compradores se cambien a demandar productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados. Esta posibilidad debe existir en términos funcionales, de precios relativos y de la disponibilidad de tales fuentes alternativas, de modo que sea suficientemente importante para competir efectivamente con la oferta de productos originales.

1.1.2. Sustituibilidad por el lado de la oferta

72. La sustitución en la oferta es la posibilidad de que una empresa que vende un producto determinado pueda comenzar a fabricarlo y venderlo a corto plazo sin tener que realizar inversiones significativas para adaptar sus instalaciones productivas. En el caso de que el mercado producto se haya definido en relación con actividades de distribución y/o comercialización, se evaluará la posibilidad de entrada de nuevos participantes que se dediquen a esa misma actividad respecto al mercado producto que se ha definido. El análisis de sustituidad por el lado de la oferta debe realizarse en cuanto a la factibilidad de entrada en la actividad que sea relevante en términos de la actividad que realizan las empresas que se concentran en el mercado y por lo tanto debe identificarse la posibilidad de competencia según se trate de actividades de manufactura o distribución.

73. De allí que el análisis de sustituidad por el lado de la oferta pretende identificar los participantes en el mercado, de modo que se incorporen al mismo aquellas firmas que no están instaladas en la fabricación del bien objeto de análisis, pero que podrían hacerlo en un corto plazo y a un bajo costo. Para realizar esta evaluación se examina fundamentalmente la posibilidad de que la tecnología disponible permita que existan fuentes de competencia potencial por el lado de la oferta. Este tipo de respuestas puede ocurrir de diferentes maneras: mediante la adaptación de equipos actuales de producción o venta para la sustitución o para la extensión de la oferta, o mediante la construcción o adquisición de activos que permitan la producción o venta en el mercado relevante. En consecuencia el análisis tiene una estrecha relación con la identificación de entradas de corto plazo al mercado. También debe considerarse dentro de este análisis la posibilidad de ingreso al mercado de nuevos participantes que pudieran entrar al mercado a través de la comercialización de productos importados pero que ya estén instalados en la comercialización de otros bienes dentro del mercado nacional. La posibilidad de entrada de productores foráneos como nuevos actores es materia de consideración dentro del análisis de mercado en su dimensión geográfica que se desarrolla en la sección 1.2.8.

74. La competencia potencial de vendedores que podrían entrar a producir el producto relevante no podrá materializarse como tal, si los vendedores tuvieran dificultades para acceder a las redes de distribución y de mercadeo de los productos, o si se requiere de nuevas instalaciones de producción o distribución para poder vender en una escala significativa.

75. Si se cumplen estas condiciones, la fuente de competencia debe ser considerada como externa al mercado pertinente, y las

causales que impidan el ejercicio de la competencia potencial deben revisarse en el análisis de barreras de entrada al mercado.

76. El análisis de competencia potencial también debe realizarse respecto a empresas integradas verticalmente (hacia atrás y hacia delante). En caso que existan firmas en un mercado que producen el bien analizado para su uso interno, habría que considerar si éstas podrían ampliar su producción y destinarla al mercado. Tal fuente de competencia será inhibida en caso que tales empresas encontraran dificultades o costos importantes en desviar la producción de sus necesidades internas, o en caso que para llevar la producción al mercado en forma suficiente se tuviera que incurrir en inversiones o en expansiones.

1.2. Definición de mercado geográfico

77. La definición de mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado pertinente. En particular, se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos identificados en la delimitación del mercado producto, en términos de precios, disponibilidad y calidad. Si al producirse variaciones en los precios de los productos los demandantes pudieran trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas, los productores localizados en esas áreas geográficas entrarían dentro del mercado pertinente a ser considerado. Así, la definición del mercado pertinente debería incluir a los fabricantes del mismo producto ubicados en otras áreas geográficas, así como a aquellos productos hacia los cuales los consumidores se cambiarían en respuesta a una variación en los precios relativos de los mismos.

78. Al igual que en la definición de mercado en términos de producto, en este análisis se evalúan los productos y empresas respecto a las cuales se establece una competencia efectiva, en función de su localización para poder delimitar los bordes de esa dinámica.

79. En caso de prever que ante un incremento en el precio ocurriría un desplazamiento de la demanda hacia otro producto, en una magnitud tal que anulara el incremento en el precio, el producto hacia el cual se desplazó la demanda debe ser incorporado como parte del mercado. Si el producto proviene de otra área, debe extenderse la amplitud del mercado geográfico, y la empresa que importe o que ingrese al mercado como respuesta a este cambio en la decisión de consumo debe ser considerada como participante en el mercado pertinente.

80. Como se ha dicho, este análisis es similar al del mercado producto, ya que se busca el área geográfica cuya producción sea la mejor sustituta de la producción del área

dónde se localiza la actividad de las firmas participantes en la concentración económica. Después se añadirá el área geográfica cuya producción sea la segunda mejor sustituta y así sucesivamente. Esa adición se detiene cuando se encuentre que los demandantes no tienen la opción de desplazar sus compras a otra área donde se vende el producto relevante (entiéndase como aquel producto que forma parte del mercado pertinente cuya sustituibilidad es objeto de análisis).

81. En el análisis de mercado geográfico es necesario dilucidar si hay alternativas al producto localizado en el área geográfica donde operan las empresas objeto de la concentración económica, sea que éstas provengan del ingreso de productos fabricados en otras áreas geográficas cuyos oferentes no tienen presencia en el área analizada, o de la entrada de fabricantes provenientes de esas otras áreas geográficas.

82. Estos dos elementos son distintivos de competencia asociada con productos y/o productores provenientes de áreas geográficas diferentes a aquellas en las que se está verificando la dinámica de rivalidad afectada por la concentración. Las importaciones realizadas por los mismos participantes en el área originalmente analizada, no necesariamente implican una fuente de competencia, pues se trata de una oferta cuya estrategia de penetración de mercado no se distingue de los productos y/o participantes ya existentes en el mercado.

83. Solamente en los casos ilustrados en el párrafo anterior, los productos importados, o la presencia de productos importados están asociados con nuevos participantes en el mercado y en consecuencia se puede prever que el área geográfica sometida a una competencia efectiva es más amplia que la considerada originalmente.

84. El esquema de análisis que se expone para definir el mercado geográfico se aplica separadamente a cada localidad en la cual las partes de la concentración económica venden cada producto relevante. Dependiendo de la tecnología, el tipo de productos y canal de distribución, será más probable encontrar que una empresa individual participa en varios mercados geográficos, que podrían corresponder a regiones, ciudades, el territorio nacional, Centroamérica o el mundo.

85. En la aplicación de este criterio de análisis, cuando no sea posible obtener la información de las importaciones con suficiente desagregación, de modo que tenga que presumirse que las mismas no participan directamente en la dinámica competitiva del mercado analizado, podrá considerarse el análisis de las importaciones dentro del tratamiento de las barreras de acceso y condiciones de rivalidad del mercado.

86. En cuanto a la información utilizada para definir el mercado geográfico, ésta consistirá particularmente, aunque no de modo excluyente, en los siguientes elementos:

- a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes;
- b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes;
- c) influencia de la competencia que enfrentan los consumidores del bien en los mercados de sus productos (en los casos en los que los consumidores utilicen el bien como insumo);
- d) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otras regiones geográficas.

87. Algunos de estos aspectos pueden ser concluyentes respecto a la existencia de diferentes mercados, y por lo tanto no se requiere de un análisis concurrente de todos los elementos de la lista.

1.2.1. Visión y estrategia de los compradores y de los oferentes

88. El análisis de mercado geográfico comienza identificando las áreas de venta de cada planta de producción de las empresas analizadas. En los casos de concentraciones económicas, debe iniciarse con el área donde la producción de las empresas que se concentran se superpone.

89. Al igual que en el análisis de mercado productivo, debe considerarse el comportamiento pasado de los compradores y los planes estratégicos de negocios que elaboren las empresas en función del comportamiento previsible de los mismos. Es necesario identificar si los compradores en cada zona de influencia han respondido en el pasado ante variaciones en los precios, desplazando sus compras a bienes vendidos en otra zona geográfica. De no existir esos antecedentes, es probable que esas zonas geográficas no pertenezcan al mismo mercado geográfico.

90. Por el lado de los oferentes, tanto las empresas fusionantes como otras terceras partes que conozcan la industria pueden aportar información respecto a las áreas geográficas que son consideradas dentro de sus estrategias de negocios. Esta información generalmente se encuentra en los planes de negocios y estrategias de penetración de mercado. Asimismo, puede conseguirse información sobre diferentes estrategias aplicadas a distintas áreas geográficas, que pudieran ser considera-

das como mercados diferenciados por parte de los oferentes.

1.2.2. Costos de transporte

91. En este análisis se utiliza el mismo concepto de consumidor marginal que se aplicó en la definición de mercado en términos de producto, por lo que debe evaluarse si ante una variación en el precio relativo de un producto vendido en la zona relevante, sería factible que una proporción suficiente de consumidores desplazaran su consumo a productos vendidos en otra área. Los costos de transporte, entre otros costos de transacción, pueden determinar que esa sustitución pueda materializarse. En caso positivo, se amplía la definición del mercado geográfico a partir del área donde la firma analizada vende el producto relevante.

92. La consideración de los costos de transporte es tanto más importante en aquellos mercados en los cuales los costos de transporte representan una proporción importante en el precio del producto analizado, o cuando las especificaciones del producto implican que debe consumirse en un perímetro muy cercano al centro de compra. En ambos casos, se espera que los mercados geográficos atendidos desde cada planta o centro de distribución sea limitado.

93. En función de esto, es necesario identificar si hay grupos de consumidores que sólo podrían consumir productos provenientes de áreas geográficas específicas. A estos consumidores habría que incorporar aquellos que ubicados fuera del área inicial, podrían trasladar su consumo hacia productos provenientes de otra zona. Si la proporción de consumidores que puede elegir entre productos provenientes de dos puntos geográficos es significativa para el volumen de mercado, debe preverse que las firmas localizadas en los dos puntos geográficos compiten por atender esos consumidores, y por lo tanto el área geográfica relevante es más amplia y se superpone con la cobertura del competidor que atendía, en principio, otra zona.

94. Algunas veces una empresa enfrenta la competencia únicamente en la periferia del área donde vende. En tal caso, a pesar de que la competencia ocurre en esa periferia, podría ser suficiente para hacer improductivo un incremento de precios. Luego se estaría verificando una dinámica de competencia que obligaría a definir el mercado más ampliamente.

95. Otro indicador que se utiliza para identificar mercados geográficos separados es la relación entre los precios del producto relevante que se verifican en diferentes áreas geográficas. Debe observarse si históricamente han existido precios diferentes para productos que forman parte del mismo mercado productivo, que son transados en áreas geográficas distintas. Es necesario estudiar si esas diferencias son explicadas por los costos de transpor-

te prevalecientes entre ambas áreas geográficas. Si las diferencias de precios son mayores que aquellos, puede preverse que las dinámicas de competencia en ambas áreas no influyen en los precios de la otra, y de allí parte la consideración de diferentes mercados geográficos.

1.2.3. Costos de Transacción

96. Existen algunos costos de transacción que podrían explicar separación de mercados geográficos. Entre estos se encuentran aquellos costos en los cuales los agentes económicos deben incurrir para adaptar y/o reempacar el producto, la publicidad, los costos asociados con la violación o ruptura de contratos de suministro, la incorporación de nuevos procedimientos, etc. Al igual que los costos de transporte, estos rubros pueden ser suficientes para hacer inviable que los consumidores reaccionen ante variaciones en los precios.

1.2.4. Costos locales

97. Para determinar si los vendedores ubicados en un área diferente al mercado geográfico están en capacidad de responder ante variaciones en el precio del producto relevante en otra área, es necesario considerar si existen costos asociados con la actividad productiva en la zona geográfica que implican la incursión en costos hundidos de una magnitud tal, que impidan reorientar la oferta hacia la atención de nuevos mercados geográficos. Ejemplo de estos costos puede ser la contratación de empleados locales, la inversión en mercado específica a la demanda de un área localizada, la infraestructura en activos específicos para las funciones de almacenamiento y los costos asociados con la obtención de aprobaciones asociadas con regulaciones locales.

1.2.5. Especificaciones del producto

98. Es necesario determinar si existen características inherentes al producto como la fragilidad o la perecibilidad que impidan la posibilidad de transportar un bien hacia un área geográfica determinada. Asimismo, debe analizarse la necesidad de incurrir en costos hundidos demasiado altos en virtud de la necesidad de un canal de distribución especializado (por ejemplo, una línea refrigerada).

1.2.6. Relación de precios y precios relativos

99. Al igual que en la identificación de productos sustitutos, cuando puede probarse una estrecha correlación en los precios de los productos provenientes de diferentes áreas geográficas, esto se podría tomar como indicio de que ambas áreas forman parte de un mismo mercado, pues sugiere la existencia de competencia entre vendedores de un mismo producto en esas diferentes áreas. De allí que

sería necesario verificar si existen estas similitudes en la evolución de los precios y si podrían atribuirse a las políticas de precios de firmas multi-mercados, la evolución de los precios de insumos comunes, u otras variables.

100. Adicionalmente, debe realizarse un esfuerzo por conocer si en el pasado las estrategias de penetración de mercado de empresas ubicadas en esas diferentes áreas han tomado en consideración la evolución del mercado correspondiente a esas otras áreas geográficas.

1.2.7. Patrones de transporte

101. Para completar la identificación de los compradores que forman parte de una misma dinámica de competencia, puede evaluarse la cobertura o alcance de la infraestructura utilizada para distribuir los productos. Si en el pasado se han distribuido productos fabricados en un área en otras zonas geográficas, esto podría indicar que efectivamente se atienden mercados más amplios.

102. La existencia de medios de transporte significativos transportando el producto relevante hacia una segunda área sugiere que el mercado geográfico podría ampliarse. Esta evidencia no es concluyente y no puede considerarse aisladamente respecto a otros aspectos que permiten definir el mercado pertinente.

1.2.8. Competencia de productos importados

103. Es necesario analizar si productos que son fabricados en otros países pueden competir significativamente con los productos locales. Este análisis debe hacerse siempre que se trate de productos "transables"⁹, respecto a cada uno de los productos analizados.

104. A través de este análisis se identifican productos y participantes en el mercado que no estén localizados dentro del territorio nacional. Este análisis se realiza una vez que se han identificado los productos que forman parte del mercado pertinente que puede incluir productos importados que ya estén participando en el mismo. A partir de allí, el análisis verifica si ante variaciones en los precios relativos es factible esperar la competencia de

⁹ Los bienes "transables" o "comercializables" son aquellos expuestos al comercio y a la competencia internacional. Así, una mercancía se considera comercializable internamente cuando su precio se determina básicamente por consideraciones en los mercados internacionales, y más generalmente, cuando su precio depende o está influenciado por lo que sucede a nivel internacional. Tinogores Ques, J. Economía Internacional e Integración Económica, Segunda Edición. McGraw Hill, 1995.

importaciones y determinar, si en caso de que los consumidores desvían su compra hacia productos de esa procedencia, la demanda de productos foráneos sería suficiente para disciplinar los precios de los productos domésticos.

105. Cuando una fuente de competencia extranjera puede afectar la viabilidad de incrementos en los precios de los productos domésticos, es posible incorporar esa área geográfica al mercado geográfico dentro del cual se verifica la actividad de la empresa involucrada en la concentración económica.

106. Para establecer la posibilidad de que los productos importados impongan un techo a los precios de la producción local, se consideran las posibilidades reales de sustitución entre productos actualmente disponibles al consumidor, aún cuando existan diferencias en calidades, atributos, etc. En ese sentido, es preciso determinar si las diferencias de precios entre los productos domésticos y los posibles sustitutos de origen extranjero se pueden explicar por variables no geográficas, tales como calidad y atributos de los productos, posicionamiento de marcas¹⁰, características específicas del consumo, etc.

107. Por otra parte, se considera apropiado analizar la existencia de controles gubernamentales que pudieran limitar la disponibilidad de productos provenientes de otros países, como sería el caso de las barreras arancelarias y no arancelarias. En aquellos casos en donde existan aranceles, y el precio de la producción nacional no pueda ser superior al precio del producto importado más el arancel, debido a la posibilidad de entrada de la competencia extranjera, esta fuente de competencia debe ser tomada como un argumento, y en consecuencia, habría de ampliarse la definición del ámbito espacial del mercado más allá de las fronteras nacionales.

108. Los elementos que se han expuesto en relación con los productos importados implica un ejercicio en el que se consideran tanto productos como las unidades de decisión respecto a la entrada de productos importados en el mercado doméstico.

2. Identificación de los participantes en el mercado pertinente

109. Una vez definido el mercado pertinente, se procederá a identificar a las empresas

¹⁰ En aquellas situaciones en las que la imagen de marca de los productos constituye un elemento fundamental en las decisiones de compra de los consumidores, es preciso estudiar si la entrada oportuna y suficiente de importaciones, que pudieran contrarrestar una elevación de precios en el mercado doméstico, podría verse impedida por la dificultad de introducir marcas nuevas en el mercado del que se trate.

que participen en él. En primer lugar, serán consideradas todas aquellas empresas que produzcan o vendan bienes de producción nacional o extranjera en el mercado pertinente al momento de la concentración.

110. Adicionalmente, se identificarán otras empresas que, aunque no se encuentran produciendo o vendiendo el producto en el mercado pertinente al momento de la concentración, podrían ingresar al mismo con *relativa facilidad* si se dieran las condiciones favorables para ello (por ejemplo, ante un incremento de precios en dicho mercado). Estas empresas, que podrían denominarse como competidores efectivos (actuales y potenciales), habrían sido identificadas en los análisis correspondientes a la sustituibilidad por el lado de la oferta.

111. La entrada en el corto plazo y a un bajo costo puede verificarse de dos maneras:

a) Cuando productores que proveen otro bien o servicio adaptan sus instalaciones para fabricar o proveer el producto relevante: Además de la inclusión de la capacidad de producción que sea posible destinar a la fabricación del producto relevante a partir de la reorientación de las líneas de producción existentes, cuando existan productores integrados verticalmente que fabrican el producto relevante y lo utilizan en su totalidad como insumo para la producción de otros bienes, la producción de los mismos será generalmente considerada como parte del mercado pertinente.

b) Cuando un productor que opera en otra zona geográfica realiza las gestiones necesarias como para empezar a operar dentro del mercado: en tales casos, serán considerados como competidores potenciales aquellos productores que, ante un incremento pequeño aunque significativo y no transitorio en los precios, ingresarían al mercado pertinente. Cuando los productores enfrenten dificultades en la distribución o deban incurrir en ampliaciones de sus instalaciones a los efectos de competir en el mercado pertinente, entonces los mismos no serán considerados como competidores potenciales inmediatos.

112. Aquellos competidores potenciales cuyo ingreso al mercado no sea susceptible de ser realizado con relativa facilidad, ya sea porque requieran incurrir en costos hundidos o necesiten de un plazo de tiempo mayor, no serán considerados como competidores dentro del mercado pertinente. En la sección correspondiente al análisis de barreras a la entrada se incluirá el estudio de la dinámica de rivalidad que estos agentes pueden aportar al mercado pertinente.

3. EFECTOS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL MERCADO PERTINENTE

113. Para abordar el análisis de las presunciones establecidas en el artículo 27 de la Ley

45, es necesario estudiar la conformación del mercado antes y después de la concentración económica. Los análisis de concentración del mercado, barreras a la entrada y dinámica de competencia, servirán de base para concluir si a raíz de la concentración económica se propicia una situación en la cual la entidad resultante de la concentración tendría la capacidad de imponer unilateralmente los precios y las condiciones de competencia en el mercado afectado por la misma, si la nueva conformación del mercado incrementa el costo de acceso por parte de nuevos competidores, o si a partir de la concentración se crean condiciones favorables para la realización de prácticas monopolísticas.

3.1. Análisis de las condiciones estructurales del mercado

3.1.1. Estimación del grado de concentración

114. De acuerdo con la Teoría Económica, la intensidad de la competencia en un mercado está directamente relacionada con el número de firmas que participan en el mercado y del grado de desigualdad entre ellas. La medición del tamaño relativo entre las empresas que participan en un mercado y la intensidad de la competencia que puede darse dentro del mismo, se realiza a través de indicadores llamados índices de concentración.

115. El grado de concentración es función del número de empresas participantes en un mercado y de sus respectivas cuotas de mercado. En consecuencia, este indicador permite aproximar cuánto poder podría ostentar una determinada empresa dentro del mercado objeto de análisis.

116. Un elevado grado de concentración en el mercado pertinente o un incremento significativo en el mismo como consecuencia de la concentración económica, no constituye - por sí misma - una justificación para que la concentración sea calificada como nociva para la competencia. No obstante ello, si el grado de concentración en el mercado pertinente no presenta niveles demasiado elevados después de la operación, podrá preverse que la concentración económica no elimina o amenaza la existencia de cierta dinámica de competencia dentro del mismo.

117. El grado de concentración se estima a partir de ciertos índices. Dentro de estas Guías se han incluido el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) y el Índice de Dominancia (ID), que serán explicados en las secciones siguientes¹¹.

¹¹ La estimación del Grado de Concentración también puede aproximarse a través del Indicador conocido como Cociente de Concentración (*Concentration Ratio*) que se calcula como la sumatoria

118. Para estimar la concentración en el mercado debe realizarse el cálculo de las participaciones de mercado de las empresas que conforman el mercado pertinente, y que se han identificado en la sección precedente¹².

119. Las participaciones de mercado se calcularán de todas las empresas, así como de aquellas identificadas como competidores potenciales inmediatos, sobre la base de su nivel de ventas, de su producción o de la capacidad productiva que las mismas destinan o podrían destinar al mercado pertinente.

120. Las participaciones de mercado podrán ser expresadas a través de la medición de las ventas, mediante la medición de facturación y producción, capacidad instalada o reservas (esto último en el caso de los recursos naturales). Se utilizará una u otra aproximación, según lo indique la realidad del mercado, en cuanto a la capacidad de reflejar la posición competitiva de las empresas.

121. El valor monetario de las ventas será generalmente utilizado en aquellos casos en los que las empresas se distinguen principalmente mediante la diferenciación de sus productos. En aquellos casos en que el producto sea homogéneo y las empresas se distinguen principalmente mediante los compradores o grupos de compradores a los cuales abastecen, las participaciones de mercado reflejarán mejor la situación competitiva del mercado, si se calculan sobre la base de unidades físicas vendidas o producidas.

122. La última unidad de referencia para calcular las participaciones de mercado es la capacidad de producción instalada. Esta referencia se aplica en aquellos mercados en los cuales la capacidad ociosa es capaz de determinar decisiones estratégicas en el mercado, principalmente la posibilidad de disuadir nuevos entrantes al mismo.

123. Como se ha mencionado, como herramienta para la medición de la concentra-

de la participación de mercado de las cuatro firmas de mayor tamaño (CR4). En la presente versión del esquema de análisis de concentraciones económicas, se han adoptado los índices HHI e ID, en virtud de que son instrumentos de medición que reflejan las desigualdades en el tamaño de las firmas. El CR4 da un tratamiento uniforme a las firmas dentro del mercado y al momento de evaluar qué ocurre como consecuencia de una concentración económica, solamente recoge información de las cuatro primeras firmas, independientemente del número total de participantes en el mercado. Los índices HHI e ID recogen la información de todas las empresas que participan, y tienen mayor precisión para medir el efecto de las concentraciones entre empresas de diferentes tamaños.

¹² Cuando se hayan identificado productos importados como parte del mercado pertinente y no sea posible incorporar al análisis la magnitud de los volúmenes correspondientes a cada importación, podrá agruparse el volumen total de las importaciones dentro de un solo rubro en el cálculo de las participaciones de mercado.

ción del mercado se han escogido dos índices de concentración: el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) y el Índice de Dominancia (Índice ID)¹³. La utilización de estos índices para prever los efectos de una concentración económica se refiere a observar la magnitud de estos indicadores (antes y después de la operación) y la dirección y magnitud del cambio en el índice de concentración. La posibilidad de que una variación en los índices afecte la competencia se aprecia en forma específica para el índice HHI y para el índice ID. Estas estimaciones se explicarán en las secciones respectivas.

3.1.1.1. Índice HHI

124. Este indicador se corresponde con la sumatoria del cuadrado de las participaciones de mercado de las empresas que participan en el mercado pertinente. Al elevar al cuadrado las participaciones de mercado, las empresas de mayor tamaño contribuyen al indicador de concentración con un mayor peso que las empresas más chicas. De esta manera se refleja mejor la estructura del mercado, en la medida que le da un peso proporcionalmente mayor a las participaciones de mercado de las empresas más grandes. La fórmula para calcular este índice es la siguiente:

$$HHI = \sum q_i^2$$

siendo q la participación de mercado de cada una de las empresas consideradas.

125. Este índice puede adoptar valores que van desde cero (0) hasta uno (1.0). El primer extremo corresponde a una situación de completa atomización del mercado, mientras el segundo a una de estructura de monopolio. Dentro del análisis que ha de realizar la Comisión, el índice HHI se calcula como un requisito para construir el Índice ID. De manera que a los efectos de concluir sobre los cambios en la estructura de mercado resultado de la concentración económica, no se considerarán los niveles iniciales y la magnitud del cambio en el Índice HHI sino los valores y cambios en el Índice ID, tal como se expone a continuación¹⁴.

¹³ En algunas situaciones el número de participantes en el(los) mercado(s) pertinente(s) que se analice(n) podría impedir que se construyan los índices de concentraciones siguiendo la metodología. En esos casos, la Autoridad expondrá qué alternativa utilice para la construcción de estos indicadores, o bien justificará la aproximación que aplique para examinar la conformación del mercado que resulte de la concentración económica.

¹⁴ En varios países no se utiliza el Índice ID sino que se toman como parámetros los niveles del HHI (Argentina, Estados Unidos, Venezuela). Para ilustrar con mayor detalle, en los EEUU se considera que, siendo el índice HHI previo a la concentración superior a 1800, si éste varía en 50 o más puntos cuando se realiza la concentración económica, entonces hay una elevada probabilidad de

3.1.1.2. Índice de Dominancia

126. El Índice de Dominancia (ID) fue propuesto en función de disponer de un indicador cuyo resultado dependa del tamaño relativo de las empresas que se concentran y de la estructura particular del mercado¹⁵. Esto se logra, en tanto el indicador no aumenta cuando se concentran empresas relativamente pequeñas, pero sí lo hace en caso de concentraciones entre empresas relativamente grandes.

127. Como este indicador no aumenta e incluso puede disminuir cuando se concentran empresas que son relativamente pequeñas, tiene mayor predictibilidad respecto al aumento del grado de poder sustancial que resulta de una concentración económica.

128. La fórmula para calcular este índice es la siguiente:

$$ID = \sum h_i^2 \quad \text{Ecuación (1)}$$

donde

$$h_i = q_i^2 / HHI \quad \text{Ecuación (2)}$$

$$\sum q_i = 1 \quad \text{y} \quad \sum h_i = 1$$

129. En la Ecuación (2) h_i representa la contribución de la empresa i al valor total de HHI. Por lo tanto, ID es un promedio de las participaciones de cada empresa en la concentración medida a través de HHI. El índice ID considera el cuadrado de la contribución de cada empresa al valor de HHI. Tal como se explicó para el cálculo de HHI, el efecto de elevar al cuadrado es dar mayor ponderación a las empresas de mayor tamaño. Nuevamente, la utilización de cuadrados se justifica porque se está dando mayor ponderación a las empresas que contribuyen en mayor proporción al HHI, de manera que se está midiendo por esta vía el impacto de los tamaños relativos de las firmas dependiendo de si se concentran firmas pequeñas (que aportan poco al valor de HHI) o si se concentran firmas grandes. La conformación de este índice implica que cualquier transferencia hacia una empresa de mayor tamaño aumenta siempre el valor de ID. De

que se generen efectos negativos sobre el mercado, por lo cual se hace necesario revisar con detalle los aspectos de barreras de entrada y dinámica de mercado para diagnosticar si tendrían efectos restrictivos sobre la competencia (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992).

¹⁵ Trabajo de García Alba Iduñate, P. "Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados". *El Trimestre Económico* 61(3), julio-septiembre de 1994, pp. 499-524.

esta manera, el índice ID presenta varias propiedades fundamentales:

El índice ID nunca es menor al Herfindahl.

Cualquier transferencia hacia una empresa mayor aumenta el ID.

Si la empresa mayor controla más de la mitad del mercado, el índice ID será siempre mayor al que corresponde a un mercado con dos competidores iguales, es decir $ID > 1/2$.

Si la fusión de dos empresas resulta en una participación mayor a la que resultaría de la fusión de cualesquiera otras dos empresas, dicha fusión aumenta ID. De esta propiedad se deriva que ID aumenta ante toda fusión de dos empresas que lleva a una participación superior a la mitad del mercado.

Si la participación conjunta de dos empresas disminuye a la mayor es de más de la mitad del mercado, entonces ID es menor a 1/2.

130. El valor de ID disminuye ante cualquier fusión que no involucre a la empresa mayor si la participación de esta última en el mercado es mayor a 1/2.

3.1.2. Consideraciones sobre los valores de los indicadores de concentración

131. El grado de concentración, conjuntamente con el análisis de la posibilidad de entrada, permite determinar el grado de poder sustancial del mercado. El segundo elemento ha sido traído a la conformación del mercado pertinente a través de la determinación de la sustituibilidad por el lado de la oferta y del análisis del mercado geográfico. De manera que el análisis de concentración se realiza a partir de la consideración de un mercado que ya reconoce la posibilidad de competencia potencial o de corto plazo.

132. A partir del incremento de poder sustancial, pueden elaborarse las conclusiones sobre las consecuencias de una concentración económica. En determinada escala de concentración de mercado, un incremento de ese indicador no representará una amenaza para la dinámica de competencia del mercado. Si una concentración económica está dentro de esta escala, se puede descartar la necesidad de análisis ulteriores para determinar que no constituye ninguno de los presupuestos del artículo 27 de la Ley.

133. Cualquier amenaza para el mercado aparece a partir de cierto grado de concentración en el mercado, el cual es estimado por medio de los índices de concentración que se han explicado previamente. En esos casos, es necesario completar el análisis de las barreras de acceso y de los elementos que caracterizan la dinámica de rivalidad en el mercado, para poder concluir si la concentración económica conduce a la conformación de una posición de dominio, al levantamiento de barreras a la

entrada o a propiciar condiciones favorables a la realización de conductas monopolísticas en el mercado. Para sintetizar esas apreciaciones, se han establecido ciertos valores de los indicadores de concentración en función de los cuales se elimina la necesidad de completar las fases subsiguientes del análisis.

134. Para facilitar la identificación de aquellas concentraciones económicas cuya consecuencia sobre la estructura del mercado permite descartar la necesidad de análisis adicionales al grado de concentración, la Autoridad ha adoptado ciertos parámetros que indican si es necesario o no proseguir las etapas subsiguientes de esta metodología.

135. Si bien se calculan dos índices, se dará mayor atención al Índice de Dominancia. Para trabajar con los umbrales, se seguirán las siguientes pautas:

Cuando ID tenga un valor superior a 0.25 (independientemente de que haya aumentado o disminuido) la evaluación de la concentración requiere completar las secciones siguientes de esta metodología.

Cuando ID aumenta pero su valor posterior a la concentración es menor o igual a 0.25, no se impugnará la concentración, excepto en casos de que existan razones flagrantemente para suponer que la operación persigue objetivos contrarios a la competencia.

Cuando ID no aumenta y después de la concentración es menor o igual a 0.25, no se proseguirá con el análisis y no se impugnará la concentración.

3.1.3. Ejemplo de cálculo

136. Para ilustrar la metodología de cálculo y las propiedades de ID, se ha construido un ejemplo. Sea un mercado en el cual participan 7 empresas. Con base en sus participaciones de mercado se calculan el índice HHI y el índice ID.

137. En la Tabla 1 se presentan las participaciones de mercado (q) en la segunda columna. En la tercera columna se presenta el cuadrado de esas participaciones, para obtener el HHI como la sumatoria de esos valores. En la cuarta columna se calcula h como la ponderación de cada valor de q² en el HHI. Esos valores se elevan al cuadrado en la quinta columna para luego sumarlos y obtener el índice ID.

Tabla 1

	q	q ²	h	h ²
E1	0.2168	0.0470	0.2771	0.0768
E2	0.1698	0.0288	0.1571	0.0232
E3	0.1413	0.0200	0.1211	0.0147
E4	0.0886	0.0078	0.0422	0.0018
E5	0.1900	0.0361	0.2128	0.0453
E6	0.1800	0.0324	0.1810	0.0328
E7	0.0245	0.0006	0.0025	0.0000
	1.0000	0.1686	1.0000	0.1982

138. En función de estos valores, se han construido los índices correspondientes a tres situaciones hipotéticas de concentración. Cada uno de estos cálculos se hace considerando seis empresas, pues las unidades que se han concentrado pasan a representar una participación de mercado consolidada. En la primera, se adicionan E1+E4, en la segunda E3 y E4, y en la tercera E4+E7.

139. En el primer caso, habría seis firmas, la primera de ellas equivaldría a E1+E4. En relación con esa empresa se calcula el cuadrado de la participación para obtener un nuevo valor de HHI. También ha de obtenerse una nueva ponderación de la participación de esta nueva empresa respecto al valor de HHI para pasar a estimar el h correspondiente. A partir de allí se calcula el nuevo valor de ID. Este cálculo se ilustra en la Tabla 2.

Tabla 2

	q	q^2	h	h^2
E1+E4	0.3014	0.0908	0.4307	0.1858
E2	0.1698	0.0288	0.1252	0.0157
E3	0.1433	0.0205	0.0998	0.0099
E5	0.1900	0.0361	0.1750	0.0306
E6	0.1890	0.0354	0.1739	0.0302
E7	0.0245	0.0060	0.0029	0.0000
	1.0000	0.2063	1.0000	0.2742

140. Este cálculo se ha reproducido para las otras dos situaciones que se han propuesto, para obtener los valores de HHI y de ID, que se presentan, respectivamente, en las columnas 2 y 3 de la Tabla 3.

Tabla 3

	HHI	ID	Variación HHI	Variación ID
Inicial	0.1696	0.1982		
E1+E4	0.2661	0.2747	0.0965	0.0765
E3+E4	0.1939	0.2109	0.0243	0.0127
E4+E7	0.1738	0.1948	0.0041	-0.0064

En la primera, E1, que es la empresa de mayor tamaño compra una empresa menor, E4. Como consecuencia, el índice HHI aumenta y el ID también lo hace, incrementándose por encima de 0.25, lo cual evidencia que la empresa de mayor tamaño tiene una participación de mercado más predominante en términos relativos respecto al resto de las empresas en el mercado. De acuerdo con ese resultado, habrán de abordarse el análisis de las siguientes fases de la metodología.

2) En el segundo ejemplo, E3 se fusiona con E4, siendo ambas empresas de tamaño mediano, con lo cual la entidad resultante de la concentración pasa a ser la de mayor tamaño en el mercado. En este caso, HHI aumenta y ID también lo hace. Sin embargo, el nivel de ID refleja la información del tamaño relativo

de esa entidad resultante respecto al resto de las que conforman el mercado, y por eso ID aumenta pero no se ubica en niveles que señalen un empeoramiento de las condiciones de competencia. En este caso, no es necesario proseguir el análisis de la concentración, salvo que existan elementos que sugieran que la concentración puede lesionar la competencia.

3) El tercer y último ejemplo, corresponde con la concentración entre E4 y E7, la empresa más pequeña del mercado. De allí que la entidad que resulta mejora su posición individual (aumenta HHI), pero no compromete la dinámica de competencia en el mercado, lo cual se refleja en el hecho de que ID disminuye. Por lo tanto no se proseguirá con el análisis de los efectos económicos de la concentración.

3.2. Condiciones de entrada al mercado

141. Cuando un mercado se encuentra concentrado, la posibilidad de competencia que se realice en el mismo estará determinada por la probabilidad de entrada de nuevos competidores. En ese sentido, un mercado concentrado, con bajas barreras a la entrada de nuevos competidores, estará sometido a la posibilidad de rivalidad por parte de nuevos entrantes al mercado.

142. El análisis de las condiciones de entrada tiene dos propósitos. Primero, constatar si la estructura de mercado concentrada conlleva un poder sustancial de mercado. Segundo, verificar si estas condiciones se ven reforzadas por la concentración económica, al punto que conduzcan a efectos perjudiciales respecto a la competencia efectiva en el mercado. Ambas conclusiones se obtienen a partir del estudio de los aspectos que se señalan en esta sección.

143. Una posibilidad de entrada se define como las acciones que la empresa debe tomar con la finalidad de producir y/o vender en un mercado. Todas las fases del esfuerzo de entrada se considerarán, incluyendo la planificación, el diseño, y la gerencia; los costos de instalación y financiamiento; la obtención de los permisos necesarios para operar en el mercado, licencias y otro tipo de permisos; la construcción y operación de las instalaciones productivas; y la promoción (incluyendo los descuentos de introducción), mercadeo, distribución, y satisfacción de los gustos del consumidor y credenciales requeridas.

144. Para ordenar el análisis, es necesario abordar cada uno de los factores que pueden constituir restricciones para establecerse como productor en el mercado. Entre estos factores se encuentran:

La existencia de exceso de capacidad instalada en la industria, lo cual haría más probable que los participantes actuales en ese mercado adopten acciones retaliativas hacia nuevos competidores mediante un incremento

significativo de su producción, con el consiguiente descenso en los precios de los productos. En estas circunstancias, el mantenimiento de un exceso de capacidad efectiva por parte de las empresas que conforman un mercado incrementa la incertidumbre que deberá enfrentar un nuevo entrante.

Las limitaciones de acceso a factores de producción tales como mano de obra especializada, recursos de capital y tecnología, así como los controles gubernamentales que pudieran restringir la entrada en el mercado.

El análisis de costos hundidos. Costos hundidos son costos que no pueden ser recuperados cuando la empresa decide salir del mercado. La magnitud de los costos hundidos depende, entre otros:

- Del grado de especificidad del uso del capital;
- De la existencia de mercados para equipos usados;
- De la existencia de mercado para el alquiler de bienes de capital;
- Del volumen de inversiones necesario para garantizar la distribución del producto (gastos con promoción, publicidad y formación de la red de distribuidores).

Las empresas que requieren de significativos costos hundidos y que consideran la entrada deben evaluar la rentabilidad de ingresar a un mercado sobre la base de la participación de mercado en el largo plazo. En consecuencia son parte del riesgo del negocio porque están estrechamente relacionados con el flujo de caja de la empresa.

Las barreras legales y regulatorias son exigencias creadas por el gobierno para la instalación y la explotación de una empresa, tales como las licencias comerciales. Las barreras legales pueden representar, en la práctica, un incremento en los costos hundidos, cuando no pueden ser traspasadas, o pueden simplemente excluir la posibilidad de entrada para un determinado conjunto de agentes.

El costo de instalarse como proveedor. En este punto se analizan la estructura del canal de distribución, así como las estrategias de distribución seguidas por los distintos participantes en el mercado. También podrá considerarse como un factor que incrementa el costo de entrada, la existencia de políticas comerciales cuando se trata de productos susceptibles de ser importados. Así, el análisis de entrada debe desarrollar las limitaciones a la participación de productos que son potencialmente sustitutos, pero que no han podido incorporarse como parte del mercado pertinente en virtud del régimen comercial. Dentro de este aparte también deberá preverse un análisis cuando haya sido imposible identificar las

importaciones dentro del mercado pertinente por limitaciones de acceso a la información relevante (ver referencia en definición de mercado producto en términos de producto).

Importancia de la imagen de marca en el mercado. La marca de los productos incide en la capacidad de penetración del mercado por nuevos competidores, y en la capacidad de reacción del resto de los participantes en el mismo, en términos generales. En consecuencia, puede resultar un factor determinante del riesgo que enfrente un entrante y de la magnitud de los costos hundidos en los que deba incurrir para instalarse efectivamente en el mercado. De allí que deba analizarse la fidelidad hacia las marcas de la entidad resultante de la concentración, en particular a través de los siguientes aspectos: el comportamiento previo del mercado ante variaciones en los precios por parte de las empresas que se concentran; las reacciones de los clientes y los competidores ante tales variaciones; las inversiones de los competidores en mantener la imagen de sus respectivas marcas. Por otra parte, ha de evaluarse los efectos de las marcas de reconocido prestigio sobre el poder de negociación de la demanda.

El grado de integración de la cadena productiva puede ser una barrera a la entrada en la medida en que aumente los costos de entrada de competidores potenciales. Tales costos aumentan a medida en que la única opción de entrada involucre inversiones en etapas de la cadena productiva distinta de la que pretende operar el entrante potencial (la verticalización). Las relaciones contractuales entre las empresas que se concentran y sus clientes en virtud de su temporalidad, la sofisticación del producto o por condiciones de exclusividad, tienden a crear vínculos estables entre oferentes y demandantes, lo cual podría dificultar el potencial competitivo de los restantes participantes en el mercado.

La existencia de factores que reduzcan las oportunidades de venta de los entrantes: (a) la perspectiva de que el entrante tratará de ganar participación en un mercado con demanda decreciente; (b) la exclusión del entrante de una porción del mercado debido a la existencia de contratos de distribución o de la integración vertical; y (c) cualquier expansión anticipada de las ventas por parte de las empresas establecidas en reacción a la entrada, sea esta generalizada o dirigida a ciertos clientes a los que se han acercado los entrantes, que utilice inversiones previas irreversibles en exceso de la capacidad de producción.

145. Una vez analizados los aspectos que se ha enumerado, es necesario determinar si, en caso de haber determinado que existen condiciones para que ocurra alguna entrada probable y oportuna, esta entrada sería suficiente para retornar los precios a los niveles previos a la operación de concentración eco-

nómica. La entrada puede no ser suficiente a pesar de que sea oportuna y probable, donde las restricciones a la disponibilidad de activos esenciales (tangibles e intangibles) le dan el control a las firmas establecidas, haciendo imposible a nuevos entrantes alcanzar el nivel necesario de ventas.

146. La entrada será considerada como probable cuando sea económicamente lucrativa a precios pre-concentración y cuando estos precios puedan ser asegurados por el entrante. Los precios no podrán ser asegurados por el potencial entrante cuando el incremento mínimo posible de la oferta provocado por la empresa entrante fuera suficiente para causar una reducción de los precios de mercado.

147. La entrada no será considerada suficiente si, como resultado del control de los participantes ya instalados, los activos tangibles e intangibles requeridos para entrar no están adecuadamente disponibles para que los entrantes puedan responder completamente con sus oportunidades de penetración de mercado. Adicionalmente, cuando las oportunidades competitivas no están distribuidas uniformemente dentro del mercado pertinente en cuanto a que la entrada sea suficiente, el carácter y alcance de los productos entrantes será sensible a las oportunidades de ventas localizadas.

148. A partir de estos análisis se concluirá en qué medida el mercado está abierto a la entrada de nuevos competidores, y de allí poder precisar el grado de poder sustancial que caracteriza cada mercado pertinente y los efectos de la concentración económica.

149. Un aspecto adicional que es necesario revisar es la posibilidad de que se levanten barreras a la entrada como consecuencia de la concentración, por ejemplo:

- la eliminación de una fuente significativa de recursos necesarios o un canal de distribución irremplazable;
- el aumento significativo de la escala mínima viable con la que debe ingresar un nuevo competidor.

3.3. Condiciones de Rivalidad

150. Aunque el análisis de los efectos de las concentraciones económicas se centra en aspectos estructurales del mercado, un análisis del comportamiento reciente de las empresas permite una mejor comprensión de las fuerzas competitivas en el mercado y de las relaciones entre los participantes en diferentes niveles dentro de éste. Este análisis también permite identificar la importancia relativa de las diversas características estructurales del mercado y poner en contexto apropiado los aspectos de participación de mercado, organización de los canales de distribución, integración vertical, barreras de acceso al mercado. Por otra parte,

el análisis de esta dinámica permite identificar las estrategias de rivalidad seguidas en el pasado, y de allí aporta elementos para predecir comportamientos o estrategias futuras.

151. De manera que esta sección abarca cuestiones de estrategia y comportamiento, y está estructurada de modo que pueda organizarse la información disponible en aras de prever si a raíz de la concentración económica se conforma una situación de poder sustancial peligrosa para el mercado, o si se conforman las condiciones para la realización de prácticas colusorias o conductas exclusionarias.

3.3.1. Análisis de la probabilidad de ejercicio individual y colectivo de poder de mercado

152. El poder de mercado o poder sustancial de la empresa concentrada tendrá menor probabilidad de ser ejercido si la rivalidad entre esta empresa y sus competidores es "afectiva". La rivalidad es afectiva cuando los competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar sus participaciones en el mercado.

153. Es posible identificar por lo menos tres situaciones en que la rivalidad no es efectiva.

En ausencia de proveedores alternativos.

La probabilidad que el poder de mercado sea ejercido unilateralmente por la empresa concentrada aumenta a medida en que un porcentaje significativo de sus consumidores no pueda desviar sus compras hacia proveedores alternativos. Esto puede ocurrir cuando las empresas restantes en el mercado no puedan aumentar suficientemente las cantidades ofertadas en un plazo de tiempo razonable, porque se encuentran operando a plena capacidad y no es económicamente viable expandir su producción en un plazo no superior a dos años. También puede resultar cuando la entrada en operación de la capacidad ociosa existente implica costos mayores que los costos asociados a la operación del nivel de ocupación actual.

En mercados sin productos sustitutos.

La probabilidad que el poder de mercado sea ejercido unilateralmente por la empresa concentrada aumenta a medida en que una parte significativa de sus consumidores no pueda desviar sus compras hacia proveedores de productos sustitutos. Este será el caso cuando una parte significativa de los consumidores en el mercado pertinente considere los productos provistos por las empresas concentradas como su primera y segunda principales opciones y las siguientes no sean sustitutos cercanos.

En casos de verticalización.

La probabilidad que el poder de mercado sea ejercido unilateralmente por la empre-

sa concentrada aumenta a medida que la concentración posibilite el aumento de los costos de los rivales, el cierre del acceso de los competidores a un importante insumo de producción / comercialización y la reducción artificial de los precios de los rivales. Para evaluar la posibilidad de que la verticalización reduzca la rivalidad efectiva se consideran dos aspectos: hasta qué punto los rivales están verticalizados; y hasta qué punto el insumo (cuando la concentración involucrara un proveedor) o el canal de distribución (cuando la concentración involucrara un distribuidor) son esenciales para los competidores de la empresa concentrada.

3.3.2. Probabilidad de realización de prácticas colusorias

154. Los elementos previamente señalados permiten examinar los factores estructurales que ayudan a prever un funcionamiento cartelizado. Sin embargo, este análisis debe ser completado con la evaluación de las condiciones que favorecen la sostenibilidad de tales prácticas colusorias.

155. La supervisión de un acuerdo es más fácil cuando las condiciones de demanda y de producción sean relativamente estables, las prácticas comerciales entre competidores estén disponibles y los agentes involucrados tengan poco incentivo para desviarse del acuerdo establecido. La estabilidad de las condiciones de la oferta y de la demanda hacen más visibles los desvíos de conducta de los miembros del acuerdo, mientras la disponibilidad de informaciones vuelve menos viable la realización de transacciones secretas que se desvíen de los términos del acuerdo. Los incentivos para desviarse del acuerdo establecido son menores cuando la curva de costos marginales sea relativamente inelástica, los costos fijos sean relativamente bajos y el volumen de las transacciones más frecuentes de la empresa es bajo.

156. La verticalización, especialmente cuando implica el control de canales de distribución y la simplificación del monitoreo de los precios de venta, puede facilitar la supervisión del cumplimiento del acuerdo por parte de las empresas productoras.¹⁵

PARTE IV:

BENEFICIOS ECONÓMICOS

157. Cuando una concentración económica genere una estructura de mercado en la que prevalezca un alto grado de poder sustancial, eleve el nivel de barreras a la entrada o facilite

¹⁵ La adquisición de un distribuidor agresivo también puede facilitar la colusión de los productores en la medida en que elimina el incentivo al no cumplimiento del acuerdo representado por la oportunidad de conquistar la demanda de ese distribuidor.

la realización de prácticas monopolísticas, genera un costo social. Sin embargo, una concentración también puede conducir a beneficios para el mercado, aún cuando se disminuya o lesione el grado de competencia dentro del mismo.

158. De allí que una vez que se ha determinado que una concentración cumple con alguna de las presunciones del artículo 27 de la Ley debe examinarse si también puede conducir a beneficios que no se aportarían al mercado por ningún otro medio y que podrían ser suficientes para que en términos de eficiencia se genere una ganancia neta para la sociedad. Por lo tanto, no habría de calificarse la operación como prohibida porque se convertiría en un vehículo para mejorar el funcionamiento del mercado.

159. Son considerados beneficios económicos de las concentraciones: mejoras en las condiciones de producción, distribución o consumo, generados por el acto y que no puedan ser generados de otra forma (beneficios específicos a la concentración). No serán considerados beneficios específicos a la concentración aquellos que pueden ser alcanzados, en un período no superior a 2 (dos) años, a través de alternativas prácticamente viables que involucren menores riesgos para la competencia.

160. Los beneficios específicos de las concentraciones son difíciles de verificar y cuantificar, en parte porque las informaciones necesarias se refieren a eventos futuros. Sólo se consideran como eficiencias específicas de la concentración aquellas cuya magnitud y posibilidad de ocurrencia puedan ser verificadas por medios razonables; para las cuales las causas (cómo) y el momento en que serán obtenidas (cuándo) están razonablemente especificados y para las cuales sea posible establecer un claro vínculo con un aumento del incentivo para competir. Las eficiencias no serán consideradas cuando fueran planteadas vagamente, fueran especulativas o no puedan ser verificadas por medios razonables.

161. Es claro que corresponde a las empresas que se concentran demostrar que la concentración genera beneficios económicos, tal como han sido definidos. De igual forma, el argumento de eficiencias o de beneficios económicos debe ser aportado sobre la base de informaciones objetivas y proyecciones que puedan ser analizadas por la Autoridad.

162. Los beneficios económicos se pueden dar en la forma de economías de escala, economías de alcance, reducción de los costos de transacción, introducción de una nueva tecnología, generación de externalidades positivas o de la compensación de poder de mercado previamente existente.

1. Economías de Escala

163. Las economías de escala son reducciones en los costos medios derivados de la

expansión de la cantidad producida, a precios de insumos dados. Los costos medios se pueden reducir, entre otros factores, porque:

Los costos fijos son una parte subsiguiente de los costos totales;

La productividad del trabajo aumenta; y

La productividad del capital se eleva.

164. Costos Fijos. Los costos fijos son costos que no dependen de la cantidad producida, tales como costos de arranque (*start up costs*). Cuando la producción aumenta, los costos fijos promedio disminuyen, reduciendo los costos medios de producción. Así el aumento de la producción puede proporcionar importantes reducciones en los costos promedio de la empresa concentrada.

165. Productividad del trabajo. La productividad del trabajo es la relación entre la cantidad final de producto generada y la cantidad de trabajo necesaria para generarla. La productividad del trabajo puede aumentar cuando el aumento de la cantidad producida en una empresa permite el incremento del grado de especialización productiva (división) del trabajo.

166. Productividad del capital. La productividad del capital es la relación entre la cantidad final de producto y la cantidad de capital necesaria para generarla. La productividad del capital puede aumentar cuando el aumento de la producción en una empresa permite la especialización de una línea de producción o la ocurrencia de economías de aprendizaje (*learning economies*).

2. Economías de Alcance

167. Las economías de alcance son reducciones en los costos medios derivados de la producción conjunta de bienes distintos, permaneciendo fijos los insumos. Los costos medios se pueden reducir, entre otros factores, porque:

Insumos comunes a los distintos bienes son mejor aprovechados por una sola empresa que por varias;

Recursos de distribución y comercialización (venta y mercadeo) son mejor aprovechados por una sola empresa que por varias.

3. Economías de Costos de Transacción

168. Las economías en los costos de transacción son reducciones en los costos medios de producción derivados de la eliminación de gastos asociados a negociaciones con proveedores o distribuidores, que no se expresan en los precios pactados entre las partes. Las economías de costos de transacción son más significativas en mercados en que los costos de transacción son mayores.

169. Los costos de transacción tienden a ser mayores y, por lo tanto los beneficios potenciales son más elevados, cuando:

los gastos de redactar y aplicar un contrato son elevados, y

Cuando los costos de búsqueda del insumo son altos.

170. Los contratos pueden ser difíciles de redactar o de aplicar cuando las características del producto responden a exigencias técnicas bastante precisas y/o las condiciones de mercado cambian frecuentemente. Como todo contrato es limitado en términos de las contingencias futuras que puede prever, tales características del producto y del mercado aumentan la posibilidad de que una de las partes involucradas adopte conductas oportunistas contra las demás, elevando los costos de renegociación.

171. Los costos de búsqueda del insumo son altos cuando las características del producto responden a exigencias técnicas bastante precisas y las condiciones de mercado cambian frecuentemente y/o cuando las informaciones relevantes para la búsqueda solamente pueden ser obtenidas a través de la compra en conjunto a otros agentes económicos. Cuanto mayor el grado de especificación del insumo, mayor la dificultad de obtener proveedores sustitutos. Cuanto más cambien las condiciones de mercado, mayor es la necesidad de búsqueda del proveedor más eficiente. En ambos casos, el costo de búsqueda es relativamente más alto.

4. Introducción de una nueva tecnología

172. La introducción de una nueva tecnología puede asumir diferentes formas. Por ejemplo, el lanzamiento de un nuevo producto (introducción de una nueva tecnología de producto) puede ser considerado un beneficio económico. Igualmente, la introducción de tecnologías de producción que requieren escalas mínimas elevadas puede ser considerado un beneficio.

173. También se puede considerar una transferencia de tecnología que genera un beneficio económico una adquisición que haga viable una mayoría en la administración de la empresa adquirida.¹⁷

5. Poder de mercado compensatorio

174. En los casos en que los precios pre-concentración estén distorsionados por el poder de mercado de los compradores del producto, el aumento del poder de mercado de la empresa concentrada (productora) puede contribuir a mover los precios hacia sus niveles competitivos, resultando en un beneficio

¹⁷ Este será el caso, por ejemplo, cuando el cambio de administradores fuera imposible bajo las condiciones previas de control de la empresa adquirida.

de la concentración para la economía. De igual modo puede ocurrir que la entidad concentrada pueda generar poder de negociación desde el punto de vista de su relación de comprador, con lo cual también se estaría balanceando una situación de poder sustancial que conduciría a eliminar distorsiones en los procesos de formación de los precios y condiciones de contratación en los mercados en los que se produzca esa situación. La ganancia en eficiencia siempre estará presente en la medida que se mejore la asignación de recursos cuando se corrige el poder de negociación de los participantes en el mercado.

PARTE V:

CALIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

175. Luego de completar los aspectos contenidos en esta metodología de análisis, la Autoridad concluirá si la operación de con-


centración genera alguno de los efectos previstos en el artículo 27 de la Ley 45. En caso que se compruebe que la concentración genera eficiencias, en una magnitud tal que los beneficios sociales superasen a los costos asociados con la disminución de la competencia en el mercado, se entenderá que no se cumple la prohibición contenida en el artículo 21 de la Ley en tanto no se estará disminuyendo, restringiendo, dañando o impidiendo, de manera irrazonable, la libre competencia económica y la libre concurrencia.

176. En caso que la concentración económica cumpliera alguna de las presunciones del artículo 27 y no generase eficiencias que compensasen el costo social generado, ésta entrará dentro de la prohibición del artículo 21 y en consecuencia podrá ordenarse la desconcentración o imponerse medidas correctivas en los términos establecidos en la Ley.

ARTÍCULO SEGUNDO: Esta resolución empezará a regir a partir de su promulgación en la Gaceta Oficial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Ley 45 de 2007, Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


Pedro M. Meilán N.
Administrador


Rogelio Fraiz Docabo
Secretario General