



UNITED NATIONS
UNCTAD

INSTRUCTIVO PARA EL ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN NICARAGUA



compal

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
OBJETIVOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	5
PARTE I:	6
EL ALCANCE DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	6
1. SECTORES DE ACTIVIDAD	6
2. EL ALCANCE TERRITORIAL	7
3. EL ALCANCE TEMPORAL	7
PARTE II:	7
CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	7
1. CONCEPTO DE CONCENTRACIONES EN NICARAGUA	10
1.1. <i>Concentraciones no sujetas a Notificación.</i>	10
1.2. <i>Concentraciones sujetas a notificación</i>	10
2. CONCEPTO DE CONTROL	10
3. MODALIDADES DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	12
4. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE CONCENTRACIONES RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	13
5. EXCLUSIÓN AL CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	14
5.1. <i>Asociaciones por tiempo definido.</i>	14
5.2. <i>Acuerdos Concentrativos.</i>	15
6. CONCENTRACIONES HORIZONTALES, VERTICALES Y DE CONGLOMERADOS	15
6.1. <i>Concentración Horizontal o entre competidores.</i>	15
6.2. <i>Concentraciones Verticales o entre no competidores.</i>	15
6.3. <i>Concentraciones de conglomerado.</i>	16
PARTE III:	16
LA METODOLOGÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO.	16
1. MERCADO RELEVANTE	17
1.1. <i>Definición de Mercado Producto</i>	18
1.1.1. <i>Sustituibilidad por el lado de la demanda</i>	19
a) Visión, estrategia y comportamiento de los oferentes	19
b) Comportamiento e identidad de los compradores	19
c) Uso final del producto	20

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

d) Los Costos y el tiempo de transacción.....	20
e) Evolución de los precios reales	21
f) Existencia de productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados	21
1.1.2. Sustituibilidad por el lado de la oferta	21
1.2. Definición de mercado geográfico.....	23
1.2.1. Visión y estrategia de los compradores y de los oferentes	24
1.2.2. Costos de transporte.....	25
1.2.3. Costos de Transacción	26
1.2.4. Costos locales.....	26
1.2.5. Especificaciones del producto.....	26
1.2.6. Relación de precios y precios relativos	26
1.2.7. Patrones de transporte.....	27
1.2.8. Competencia de productos importados.....	27
2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PARTICIPANTES EN EL MERCADO RELEVANTE	28
3. EFECTOS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL MERCADO RELEVANTE	29
3.1. Análisis de las condiciones estructurales del mercado	29
3.1.1. Estimación del grado de concentración	29
3.1.1.1. Índice HHI	31
3.1.1.2. Índice de Dominancia	32
3.1.2. Consideraciones sobre los valores de los indicadores de concentración	33
3.1.3. Ejemplo de cálculo	34
3.1.4. Índice CR4.	36
3.2. Condiciones de entrada al mercado	37
3.3. Condiciones de Rivalidad.....	40
3.3.1. Análisis de la probabilidad de ejercicio individual y colectivo de poder de mercado.....	40
3.3.2. Probabilidad de realización de prácticas colusorias.....	41
PARTE IV:.....	41
BENEFICIOS ECONÓMICOS	41
1. ECONOMÍAS DE ESCALA.....	42
2. ECONOMÍAS DE ALCANCE	43
3. ECONOMÍAS DE COSTOS DE TRANSACCIÓN	43
4. INTRODUCCIÓN DE UNA NUEVA TECNOLOGÍA	44
5. POSICIÓN DE DOMINIO COMPENSATORIO	44
PARTE V:.....	44
CALIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.....	44

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

PARTE VI.....	45
PROCEDIMIENTO DE LEY PARA EL ANALISIS DE LAS CONCENTRACIONES.....	45
1. PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN Y SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN.....	45
2. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIONES DE CONCENTRACIONES NO NOTIFICADAS	49
3. FLUJOGRAMA PROCEDIMIENTO DE ANALISIS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.	52
<i>3.1. Solicitud de concentraciones</i>	<i>52</i>
<i>3.2. Inicio de Procedimiento y requerimiento de información e intervencion de terceros.</i>	<i>53</i>
BIBLIOGRAFÍA	55

PRESENTACIÓN

La Ley 601 Ley de Promoción de la Competencia y su Reglamento, Decreto 79-2006, faculta a PROCOMPETENCIA a dictar normas sobre la defensa y promoción de la competencia, nuestra legislación de competencia introduce un concepto nuevo para nuestro país, el control de las concentraciones económicas.

Sobre esta materia la Ley prohíbe las operaciones de concentraciones económicas cuyo efecto sea o pueda ser disminuir, restringir, dañar o impedir, la libre competencia económica respecto a bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

El objetivo de este instructivo 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 las disposiciones establecidas en la Ley 601 y su Reglamento.

PROCOMPETENCIA 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 un Dictamen Preliminar, una investigación iniciada de oficio o un procedimiento utilizando el plazo completo de Ley.

La revisión de las concentraciones económicas se realiza con base en la notificación voluntaria, o en función de la investigación de oficio que inicie el Instituto respecto a una operación que habiéndose perfeccionado, no hubiera sido notificada y pudiera presentar consecuencias sobre la competencia.

La Ley establece a los agentes económicos la obligación de notificar la operación de concentración, cuando sobrepase los umbrales del artículo 25 de la Ley. En estos casos PROCOMPETENCIA realizará un dictamen previo conforme el artículo 38 del Reglamento. La Presidencia emitirá una resolución con el resultado de la evaluación, dentro de los 30 días hábiles contados a partir de la fecha en que se reciban todos los datos y documentos en forma satisfactoria.

Considerando la importancia de un control efectivo de concentraciones económicas, por un lado, y de la necesidad de garantizar la dinámica de los negocios, por otro, PROCOMPETENCIA estimula la realización de Dictámenes Previos. Someter una concentración económica a este dictamen previo elimina la inseguridad relativa a la legalidad del acto de concentración, pues una vez aprobada, una concentración notificada no puede ser impugnada posteriormente por PROCOMPETENCIA y puede ser inscrita en el registro público mercantil.

OBJETIVOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Las concentraciones económicas, en principio, implican que una entidad desaparece como entidad independiente en el mercado, razón por la cual el mercado reduce el número de competidores. Este hecho y 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 en el mercado

afectado por la concentración económica. Por otro lado, los agentes económicos, 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.

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 compensan el costo social equivalente a la afectación de la competencia.

Por ello, en los actos de concentración es necesario distinguir las que sean eficientes y pro-competitivas, de aquellas que reduzcan la competencia y que, en consecuencia, reducen la eficiencia de la economía y los mercados Nicaragüenses.

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

- La primera parte aborda 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 601;
- 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 criterios establecidos en el artículo 27 de la Ley 601.
- 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

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

1. Sectores de actividad

En aquellos casos de fusiones y adquisiciones que requieran de la opinión especializada de un Ente Regulador para una mejor fundamentación del dictamen y resolución que tome PROCOMPETENCIA, como en los casos de telecomunicaciones,

bancos y demás instituciones financieras, transporte, sector salud, que además de estar sometidos, como todos los sectores de la economía a la autorización del Instituto, tienen un ente regulador que por naturaleza dispone de información y especialización que robustece los criterios y fundamentos de la resolución de PROCOMPETENCIA.

2. El alcance territorial

La Ley se aplica a todas las concentraciones económicas que puedan afectar la economía de la República de Nicaragua. En general, son susceptibles de revisión aquellas concentraciones económicas que afecten el mercado nicaragüense, ya sea que los agentes económicos 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.

3. El alcance temporal

Se distingue entre concentraciones que hayan sido objeto de una notificación previa por parte de PROCOMPETENCIA y concentraciones no notificadas. El alcance temporal de esta regulación está determinado por el lapso de prescripción establecido en el artículo 38 de la Ley 601, según el cual las acciones conferidas por esta Ley prescriben en cinco años (5) desde el momento de haberse efectuado.

En virtud del período de prescripción, se entiende que cuando una concentración no se haya sometido voluntariamente al procedimiento de Ley, PROCOMPETENCIA puede dentro de un período de cinco (3) años luego de haberse realizado una operación de concentración económica, iniciar una investigación de oficio y emitir decisiones con respecto a la misma (artículo 14 y 38 de la Ley).

Las concentraciones que hayan sido notificadas y cuenten con resolución favorable, no pueden ser impugnadas posteriormente por PROCOMPETENCIA, salvo cuando la resolución esté sustentada sobre la base de información falsa o incompleta proporcionada por los agentes económicos involucrados (artículos 29 de la Ley 601; 27 y 34 del Reglamento de Ley). En este caso, se tratará la concentración como una concentración no notificada.

PARTE II:

CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

El fenómeno de la concentración empresarial está alcanzando en la actualidad una extraordinaria importancia tanto en el plano nacional como en el internacional. Son varias las causas que explican este fenómeno destacando entre ellas, por una parte, la globalización de la economía y la internacionalización de los mercados y, por otra, la necesidad de adaptar las estructuras empresariales a esa realidad”, donde se destacan tratados de libre comercio, acuerdos internacionales etc.

Las concentraciones económicas en el mercado presentan tanto ventajas como desventaja. Por lo que hace a las ventajas se encuentra el hecho de constituir un importante factor de racionalización y dinamización de la economía, a través de las de competitividad de los agentes económicos, al lograr por este medio importantes economías de escala; y por lo que hace a sus posibles desventajas está el hecho de poder alterar algunas veces la estructura de los mercados reduciendo el número de agentes económicos y otorgando a la empresa resultante de la concentración un elevado poder de mercado, situándola en una posición de privilegio, que termina dificultando la existencia de una competencia eficaz o practicable.

La Comisión Europea de acuerdo al Memorandum sobre Concentraciones de 1996, define como Competencia eficaz o Practicable aquella cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción o cuando aquellas responden satisfactoriamente a la demanda y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores en los beneficios que se derivan del progreso técnico y económico.

Con respecto a la definición de concentración de empresas, es necesario asentar que la doctrina maneja dos criterios fundamentales:

A. El primer criterio trata de encontrar una definición de concentración de empresas haciendo referencia a los procedimientos jurídicos que se utilizaron para lograrla, por eso recurre a una enumeración de las figuras que pueden servir de vehículo para tal fin¹. Este primer criterio, plantea que las empresas utilizan para concentrarse figuras como las siguientes: la fusión, la compra de acciones o participaciones de sociedades, la adquisición o intercambio de activos y los contratos de dominación o gestión de una empresa². Este criterio presenta la ventaja de ofrecer certeza jurídica en el momento de la aplicación de la norma, es decir, menciona los casos concretos que deberían ser regulados y controlados en materia de concentraciones, sin embargo no enfoca las consecuencias económicas que estas operaciones pueden llegar a ocasionar en el mercado.

B. El segundo criterio que se aproxima a una definición de concentración de empresas no apunta a los medios que se utilizaron para lograr el fin, lo importante en este caso es la consecuencia o resultados económicos que se obtienen a partir de la

¹ Uría, Rodrigo, *et al.* *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas. t.1, 1999. Págs. 296-297.

² Uría, Rodrigo, *et al.* . *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas. t.1, 1999. Pág. 297

concentración. Se establece como un punto muy importante de evaluación, la pérdida de independencia económica que arroja la concentración como tal, al margen de las figuras que se utilizaron para conseguir esta finalidad³. En este caso, la doctrina hace mención de elementos que tienen relación con resultados económicos producidos por este tipo de operación: integración de dos o más operadores económicos; establecimiento de unidad de dirección de las empresas que se concentran, lo que ocasiona una pérdida de independencia económica y un cambio de estructura permanente en las empresas. Es decir, que para evaluar las concentraciones, éstas deben tener carácter permanente y no transitorio⁴.

En el caso concreto de Nicaragua el profesor José René Orúe⁵ recurre a enumerar las formas que pueden adoptarse para lograr la concentración, y expone que ellas se pueden realizar por medio de fusiones, adquisiciones o empresas conjuntas.

En España a las concentraciones se definen el Dr. Julio Pascual y Vicente, en su *Diccionario De Derecho y Economía De la Competencia En España y Europa*⁶, de la siguiente manera:

“Se utiliza el término concentración empresarial para denominar la operación mediante la cual dos o más empresas independientes fusionan sus activos y pasan a constituir una nueva persona jurídica con unidad de decisión. En este sentido, el Reglamento comunitario europeo sobre concentraciones, en su considerando 23, entiende por concentraciones toda operación que implique una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes”.

Como puede observarse en España se hace referencia a la fusión como figura utilizada para concentrarse, creando una nueva persona jurídica con unidad de decisión, y la modificación permanente de las estructuras de las empresas participantes.

En realidad, los dos criterios resultan importantes. El enumerar las figuras otorga precisión para la aplicación de la norma, sin embargo, es esencial tener en cuenta

³ Uría, Rodrigo, *et al.* . *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas. t.1, 1999. Pág. 297.

⁴ *Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina*. Indecopi, 2005. Pág.160

⁵ Orúe Rene, *Análisis sobre el Derecho de Competencia*, 2004. Pág. 87.

⁶ Pascual y Vicente, Julio. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Editorial Civitas. 2002. Pág. 154.

elementos y consecuencias económicas que producen las operaciones de concentración, contenidas en el segundo criterio.

1. Concepto de Concentraciones en Nicaragua

1.1. Concentraciones no sujetas a Notificación.

La Ley de Promoción de la Competencia en Nicaragua señala en su artículo 24 que se considera concentración:

- a) Cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o en partes, dejando de ser independientes;
- b) Cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otros agentes económicos adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de mas agentes económicos; y
- c) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma tacita o jurídica a un agente económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

Las modalidades de concentración antes descritas no requieren notificación ni autorización previa.

1.2. Concentraciones sujetas a notificación

De igual manera en el artículo 25 de la Ley de Promoción de la Competencia, señala aquellas concentraciones que requieren una autorización previa del Instituto de Promoción de la Competencia entre estas señala aquellas concentraciones que :

- a) Como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al veinticinco (25%) por ciento del mercado relevante; o
- b) Los agentes económicos al concentrarse que tengan ingresos brutos combinados superiores a un promedio de 642,857 salarios mínimos. La metodología para el cálculo de los ingresos brutos de cada agente económico será establecida en el reglamento de la presente Ley.

2. CONCEPTO DE CONTROL

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 decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un agente económico y, en particular:

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

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

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 conlleve 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.

Tomando en consideración el concepto decisivo de control, existe una operación de concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan; 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.

Asimismo, se constituye una concentración a través de la creación de un agente económico o 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.⁷

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.⁸

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

⁷ El tratamiento de unidad 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. Apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento Europeo.

⁸ *Merger Enforcement Guidelines*. Bureau of Competition, Canada.

1. 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;
2. 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;
3. 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 solo 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.

3. Modalidades de concentraciones económicas

Se entenderá que las siguientes constituyen operaciones de concentración económica:

- a) La fusión efectuada entre dos o más agentes económicos cuando no se encuentren vinculadas entre sí.
- b) La constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos o más agentes económicos 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 uno o más personas, del control sobre otras empresas, 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 intangibles⁹, o de fideicomisos¹⁰.
- 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.

4. Excepción a la prohibición de concentraciones restrictivas de la competencia

Estado de Insolvencia. El párrafo segundo del artículo 26 establece que están exceptuadas de la prohibición allí prevista, las concentraciones que recaigan sobre un agente económico que se encuentre en estado de insolvencia, de igual manera se señala en el último párrafo del artículo 27 que PROCOMPETENCIA no podrá denegar las concentraciones que le sean sometidos a su consideración, en los términos establecidos en esta Ley, cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia y beneficios directos al consumidor, que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

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 segundo del artículo 26 y el último párrafo del 27. 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:

- (a) 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).
- (b) Que hayan resultado infructuosos esfuerzos de venta adicionales. Se entiende que se han realizado esfuerzos de venta cuando los potenciales compradores han recibido la información 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 aquél competidor con el cual se haya calificado la

⁹ 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.

¹⁰ 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.

concentración económica como dañina para el mercado. En consecuencia, estos esfuerzos incluyen compradores alternativos sean o no participantes dentro del mismo mercado relevante afectado por la concentración económica.

- (c) 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.
- (d) La salida de los activos productivos del mercado relevante 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:
 - a. 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;
 - b. Las especificidades asociadas a la producción y comercialización limitan el espectro de potenciales compradores;
 - c. La existencia de activos específicos para la producción de determinados bienes limita la posibilidad de vender los activos productivos de forma separada; y
 - d. El valor y posibilidad de explotación en el mercado de los activos intangibles depende de la operatividad de la empresa.

5. Exclusión al concepto de concentración económica

5.1. Asociaciones por tiempo definido. No se consideran concentraciones económicas para los efectos de este capítulo, las asociaciones 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.

La naturaleza de las asociaciones accidentales o por tiempo definido, es la unión de dos o más agentes económicos o 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 modificación 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".

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.

En los casos de asociaciones accidentales el término de prescripción para la investigación se considerará en función del momento en el cual el Instituto 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.

5.2. 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.

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?

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.

6. Concentraciones horizontales, verticales y de conglomerados

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

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

6.1. Concentración Horizontal o entre competidores. 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.

6.2. Concentraciones Verticales o entre no competidores. 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.

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.

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.

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

6.3. Concentraciones de conglomerado. Involucran casos en los cuales la relación entre los agentes económicos fusionados no es ni horizontal, ni vertical. Dentro de este último grupo puede a su vez efectuarse una sub-clasificación. La misma distingue entre concentraciones que implican “extensión de producto” (product extension mergers), que son casos en los cuales los agentes económicos pre-existentes venden productos que no compiten entre sí pero usan canales de comercialización o procesos productivos similares: concentraciones que implican “extensión del mercado” (market extension mergers), que son los casos en los cuales los agentes económicos pre-existentes venden productos similares pero en áreas geográficas diferentes; y concentraciones de conglomerado puro (pure conglomerate mergers), que son casos en los cuales la concentración se da entre agente económicos que no tienen ninguna relación entre sí.

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.

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.

Sin embargo, cualquier tipo de concentración, dependiendo de las características particulares de los mercados involucrados, puede generar los efectos prohibidos en el artículo 26 de la Ley y desarrollados a través de los criterios del artículo 27.

PARTE III:

LA METODOLOGÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO.

Ha de resaltarse que las modificaciones que se introducen en este documento buscan establecer una metodología de análisis más adecuada a las realidades de los esfuerzos de investigación y disponibilidad de información presentes en la economía Nicaragüense. Esta metodología permite construir los elementos analíticos que establecen la legislación vigente en cuanto a determinación de mercado relevante y análisis de posición de dominio.

De esta manera uno de los cambios que se ha introducido, es la utilización dentro de la definición de mercado relevante, de un enfoque cualitativo para la identificación de los

productos sustitutos como adición a la definición de monopolista hipotético. La nueva aproximación permite que se llegue al mismo resultado de identificar los productos y empresas que compiten en un mercado relevante utilizando la información que pueda recogerse de diferentes participantes del mercado, en lugar de la construcción de modelos que como tales, son limitados.

También, se ha adoptado 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 incluido otros indicador de concentración que son más precisos en cuanto a la posibilidad de predecir la relación entre estructura y comportamiento del mercado. Adicionalmente, se han introducido modificaciones sobre 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 valoración de las conclusiones del análisis de la concentración.

Además de los criterios de valoración de mercado relevante y posición de dominio establecidos en la Ley 601 “Ley de Promoción de la Competencia y su Reglamento”, a continuación abordaremos conceptos y técnicas aplicados a para la determinación del mercado relevante y la posición de dominio que un agente económico posea en el mercado.

1. MERCADO RELEVANTE

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 productores) 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.

El mercado relevante 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).

Los elementos necesarios para completar la definición que se ha expuesto desarrollan los criterios establecidos en el artículo 22 de la Ley 601, a saber:

- a) La posibilidad de sustituir un bien o servicio determinado por otros, de origen tanto nacional como extranjero;
- b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos procedentes de otras regiones del país o del extranjero; para ello se tomara en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones.
- c) Las posibilidades que tuvieren los consumidores para acudir a otros mercados; y

d) Las Restricciones normativas, de carácter nacional o internacional, que limitan el acceso de los compradores o consumidores a fuentes de oferta alternativa o de los proveedores a clientes alternativos.

1.1. Definición de Mercado Producto

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.

Para cubrir esos objetivos, desde el punto de vista de la demanda, es necesario determinar en qué medida: a) los compradores o consumidores estarían dispuestos a desplazar su decisión de consumo hacia otros productos sustitutos; y

b) si los compradores estarían dispuestos a reorientar su demanda hacia el mismo producto vendido en otras áreas geográficas.

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 a 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.

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.

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 precios. De allí que se desarrolla una dinámica de competencia entre productos.

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.

El análisis de mercado relevante 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 PROCOMPETENCIA 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 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

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

Este apartado 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.

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

Dentro de los análisis de mercado debe considerarse el comportamiento pasado de los compradores y los planes estratégicos de negocios que elaboren 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.

c) Uso final del producto

Este es uno de los aspectos más importantes para determinar la sustituibilidad, 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, más no suficiente para garantizar la inclusión de productos dentro de un mismo mercado relevante.

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.

A pesar de que dos productos puedan ser considerados como pertenecientes al mismo mercado relevante 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

Los costos de transacción¹¹ y el tiempo requerido para sustituir el consumo de un producto por un supuesto sustituto, pueden determinar que la sustitución funcional se

¹¹ 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.

haga efectiva. En consecuencia, es importante apreciar si los costos de transacción en los 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 relevante. Estos costos de transacción pueden consistir en los costos de reequipar, re empaclar 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.

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

Se analiza la evolución de los precios reales de los posibles sustitutos, ya que si dos productos son sustitutos efectivos, de 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 multiproductos, y otras variables.

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.

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

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

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 de 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 de producto que se ha definido. El análisis de sustituibilidad 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.

De allí que el análisis de sustituibilidad 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.

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.

Si se cumplen estas condiciones, la fuente de competencia debe ser considerada como externa al mercado relevante, y las causales que impiden el ejercicio de la competencia eventual deben revisarse en el análisis de barreras de entrada al mercado.

El análisis de competencia eventual 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

La definición de mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado relevante. 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 relevante a ser considerado. Así, la definición del mercado relevante 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.

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.

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 participante en el mercado relevante.

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 donde 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).

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.

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.

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.

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 pertinente. 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.

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.

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.

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

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.

Al igual que en el análisis de mercado producto, 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.

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 consideradas como mercados diferenciados por parte de los oferentes.

1.2.2. Costos de transporte

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.

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 sean limitados.

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.

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.

Otro indicador que se utiliza para identificar mercados geográficos separados es la relación entre los precios del producto pertinente que se verifican en diferentes áreas geográficas. Debe observarse si históricamente han existido precios diferentes para

productos que forman parte del mismo mercado producto, que son comercializados en áreas geográficas distintas. Es necesario estudiar si esas diferencias son explicadas por los costos de transporte 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

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

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 pertinente 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 mercadeo 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

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

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.

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

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.

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

1.2.8. Competencia de productos importados

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"¹², respecto a cada uno de los productos analizados.

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

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

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

¹² Los bienes "transables" o "comercializables" son aquellos expuestos al comercio y a la competencia internacional. Así, una mercancía se considera comercializable internacionalmente 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. Tugores Ques, J. Economía Internacional e Integración Económica, Segunda Edición. McGraw Hill, 1995.

pueden explicar por variables no geográficas, tales como calidad y atributos de los productos, posicionamiento de marcas¹³, características específicas del consumo, etc.

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.

Los elementos que se han expuesto en relación con los productos importados implican 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 relevante

Una vez definido el mercado relevante, se procederá a identificar a las empresas que participan en él. En primer lugar, serán consideradas todas aquellas empresas que produzcan o vendan bienes de producción nacional o extranjera en el mercado relevante al momento de la concentración.

Adicionalmente, se identificarán otras empresas que, aunque no se encuentren produciendo o vendiendo el producto en el mercado relevante 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.

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 pertinente: Además de la inclusión de la capacidad de producción que sea posible destinar a la fabricación del producto pertinente a partir de la reorientación de las líneas de producción existentes, cuando existan productores integrados verticalmente que fabrican el producto pertinente 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 relevante.

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

¹³ 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.

considerados como competidores potenciales aquellos productores que, ante un incremento pequeño aunque significativo y no transitorio en los precios, ingresarían al mercado relevante. Cuando los productores enfrenten dificultades en la distribución o deban incurrir en ampliaciones de sus instalaciones a los efectos de competir en el mercado relevante, entonces los mismos no serán considerados como competidores potenciales inmediatos.

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 relevante. 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 relevante.

3. EFECTOS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL MERCADO RELEVANTE

Para abordar el análisis de las presunciones establecidas en el artículo 21, 22 y 27 de la Ley 601 y 23, 24 25 y 28 del Reglamento a la Ley 601, 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 anticompetitivas.

3.1. Análisis de las condiciones estructurales del mercado

3.1.1. Estimación del grado de concentración

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***.

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.

Un elevado grado de concentración en el mercado relevante 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 relevante 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.

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 siguientes¹⁴.

Para estimar la concentración en el mercado debe realizarse el cálculo de las participaciones de mercado de las empresas que conforman el mercado relevante, y que se han identificado en la sección precedente¹⁵.

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 relevante.

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.

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.

La última unidad de referencia para calcular las participaciones de mercado es la **capacidad de producción instalada**. Esta referencia se aplica en aquellos mercados

¹⁴ 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 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 y 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.

¹⁵ Cuando se hayan identificado productos importados como parte del mercado relevante 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.

en los cuales la capacidad ociosa es capaz de determinar decisiones estratégicas en el mercado, principalmente la posibilidad de disuadir nuevos entrantes al mismo.

Como se ha mencionado, como herramienta para la medición de la concentración del mercado se han escogido dos índices de concentración: el Índice Herfindahl-Hirshman (HHI) y el Índice de Dominancia (Índice ID)¹⁶. 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

Este indicador se corresponde con la sumatoria del cuadrado de las participaciones de mercado de las empresas que participan en el mercado relevante. 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.

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 el Instituto, 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 continuación¹⁷.

¹⁶ En algunas situaciones el número de participantes en el(los) mercado(s) relevante(s) que se analice(n) podría impedir que se construyan los índices de concentraciones siguiendo la metodología. En esos casos, el Instituto 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.

¹⁷ 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 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 tendría efectos restrictivos sobre la competencia (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992).

3.1.1.2. Índice de Dominancia

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 mercado¹⁸. 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.

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.

La fórmula para calcular este índice es la siguiente:

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

donde

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

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

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 esta manera, el índice ID presenta varias propiedades fundamentales:

- a. El índice ID nunca es menor al Herfindahl.
- b. Cualquier transferencia hacia una empresa mayor aumenta el ID.
- c. 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 $ID > 1/2$.

¹⁸ 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.

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

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

El grado de concentración, conjuntamente con el análisis de la posibilidad de entrada, permite determinar el grado de posición de dominio. El segundo elemento ha sido traído a la conformación del mercado relevante 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 eventual o de corto plazo.

A partir del incremento de posición de dominio, 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 26 de la Ley 601.

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 anticompetitivas 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.

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, PROCOMPETENCIA ha adoptado ciertos parámetros que indican si es necesario o no proseguir las etapas subsiguientes de esta metodología.

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

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

- a) 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.
- b) 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 flagrantes para suponer que la operación persigue objetivos contrarios a la competencia.
- c) 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

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.

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 q^2 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	0.1608	0.0258	0.1523	0.0232
E3	0.1433	0.0205	0.1211	0.0147
E4	0.0846	0.0072	0.0422	0.0018
E5	0.1900	0.0361	0.2128	0.0453
E6	0.1800	0.0324	0.1910	0.0365
E7	0.0245	0.0006	0.0035	0.0000
	1.0000	0.1696	1.0000	0.1982

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.

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

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

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	0.4403	0.1938
E2	0.1608	0.0258	0.1252	0.0157
E3	0.1433	0.0205	0.0996	0.0099
E5	0.1900	0.0361	0.1750	0.0306
E6	0.1800	0.0324	0.1570	0.0247
E7	0.0245	0.0006	0.0029	0.0000
	1.0000	0.2063	1.0000	0.2747

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	0.2063	0.2747	0.0367	0.0765
E3+E4	0.1939	0.2109	0.0243	0.0127
E4+E7	0.1738	0.1918	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, habría de abordarse el análisis de las siguientes fases de la metodología.
- 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 unidad 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.

- c. 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.

3.1.4. Índice CR4.

El grado de concentración se refiere al número de empresas participantes en un mercado y sus respectivas cuotas de mercado. El grado de concentración se estima a partir de ciertos índices, ejemplo de estos índices es el índice de concentración de las cuatro empresas principales (CR4), que refleja la cuota de participación de cada una de esas empresas, o bien refleja la producción de las cuatro empresas con respecto al total de la industria.

La ecuación es la siguiente: $CR4 = S1 + S2 + S3 + S4 / ST$

Esta ecuación significa que el índice CR4 es igual a la suma de las participaciones de cada una de las cuatro empresas más grandes ($S1+S2+S3+S4$) dividido entre el total de producción de ese sector (ST).

Ejemplo.

Una industria está compuesta por 6 empresas, cuatro de ellas tienen ventas de 10, cada una, las otras dos, tienen ventas de 5 cada una. El índice de concentración es el siguiente:

Ventas totales de la industria $ST = 50$

Ventas de las cuatro empresas más grandes: $S1+S2+S3+S4= 40$

El índice daría como resultado lo siguiente: $CR4= 40 / 50 = 0.80$

Significa que esas cuatro empresas representan el 80% del total de producción de ese sector. Cuando la industria está compuesta por un gran número de empresas, y cada una es pequeña, el índice es cercano a 0. Cuando las principales cuatro empresas producen todo lo que se produce en la industria, este índice es igual a 1. Mientras más cercano al 0, se afirma que es una industria desconcentrada, cuando se aproxima más al 1, se afirma que es una industria concentrada.

3.2. Condiciones de entrada al mercado

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.

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.

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 requisitos legales solicitado.

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:

- a. 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 ociosa por parte de las empresas que conforman un mercado incrementa la incertidumbre que deberá enfrentar un nuevo entrante.
- b. 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.
- c. 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, de :
 - a. del grado de especificidad del uso del capital ;
 - b. de la existencia de mercados para equipos usados;
 - c. de la existencia de mercado para el alquiler de bienes de capital;

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

- d. del volumen de inversiones necesario para garantizar la distribución del producto (gastos con promoción, publicidad y formación de la red de distribuidores).
- d. 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.
- e. 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.
- f. 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 relevante en virtud del régimen comercial. Dentro de este apartado también deberá preverse un análisis cuando haya sido imposible identificar las importaciones dentro del mercado relevante por limitaciones de acceso a la información necesaria (ver referencia en definición de mercado producto en términos de producto).
- g. 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.
- h. 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.

- i. 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.

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 económica. 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.

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 provocada por la empresa entrante fuera suficiente para causar una reducción de los precios de mercado.

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 relevante en cuanto a que la entrada sea suficiente, el carácter y alcance de los productos entrantes será sensible a las oportunidades de ventas.

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 relevante y los efectos de la concentración económica.

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

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.

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 anticompetitivas.

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

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

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

a) En ausencia de proveedores alternativos

La probabilidad que la posición de dominio sea ejercida 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.

b) En mercados sin productos sustitutos

La probabilidad que la posición de dominio 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 relevante considerare los productos provistos por las empresas concentradas como su primera y segunda principales opciones y las siguientes no sean sustitutos cercanos.

c) En casos de verticalización

La probabilidad que el poder de mercado sea ejercido unilateralmente por la empresa 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 involucrará un proveedor) o el canal de distribución (cuando la concentración involucrará un distribuidor) son esenciales para los competidores de la empresa concentrada.

3.3.2. Probabilidad de realización de prácticas colusorias

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 o anticompetitivas.

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.

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.¹⁹

PARTE IV:

BENEFICIOS ECONÓMICOS

Cuando una concentración económica genere una estructura de mercado en la que prevalezca un alto grado de posición de dominio, eleve el nivel de barreras a la entrada o facilite la realización de prácticas anticompetitivas, 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.

¹⁹ 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.

De allí que una vez que se ha determinado que una concentración cumple con alguna de las presunciones del artículo 26 de la Ley 601, 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.

Son considerados beneficios económicos de las concentraciones: mejorías 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.

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.

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 el Instituto.

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

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:

- a. los costos fijos son una parte sustantiva de los costos totales ;
- b. la productividad del trabajo aumenta; y
- c. la productividad del capital se eleva.

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.

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.

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

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:

- a. insumos comunes a los distintos bienes son mejor aprovechados por una sola empresa que por varias;
- b. recursos de distribución y comercialización (venta y mercadeo) son mejor aprovechados por una sola empresa que por varias.

3. Economías de Costos de Transacción

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.

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

- a. los gastos de redactar y aplicar un contrato son elevados, y
- b. cuando los costos de búsqueda del insumo son altos.

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.

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

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.

También se puede considerar una transferencia de tecnología que genera un beneficio económico una adquisición que haga viable una mejoría en la administración de la empresa adquirida.²⁰

5. Posición de dominio compensatorio

En los casos en que los precios pre-concentración estén distorsionados por la posición de dominio 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 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 posición de dominio 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 mejora la asignación de recursos cuando se corrige el poder de negociación de los participantes en el mercado.

PARTE V:

CALIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Luego de completar los aspectos contenidos en esta metodología de análisis, el Instituto concluirá si la operación de concentración genera alguno de los efectos previstos en el artículo 27 de la Ley 601. 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 26 de la Ley 601,

²⁰ Este será el caso, por ejemplo, cuando el cambio de administradores fuera imposible bajo las condiciones previas de control de la empresa adquirida.

en tanto no se estará disminuyendo, restringiendo, dañando o impidiendo, de manera irrazonable, la libre competencia económica.

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 26 y en consecuencia podrá ordenarse lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 601, en lo referido a las facultades de PROCOMPETENCIA, siendo estas:

- a) Autorizar total o parcialmente la concentración.
- b) Condicionar la autorización de la concentración al cumplimiento y estricta observancia de requisitos claramente definidos, según dictamen del órgano de instrucción. Por vía de reglamento se establecerán los criterios, procedimiento y plazos para este dictamen.
- c) Mandar a efectuar una desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado de manera indebida, la terminación del control o la terminación de los actos según corresponda.
- d) Rechazar la concentración cuando ésta resulte o refuerce una posición dominante que de lugar a impedir o limitar la competencia.

PARTE VI.

PROCEDIMIENTO DE LEY PARA EL ANALISIS DE LAS CONCENTRACIONES

Una vez analizadas y expuestas las diferentes opiniones de expertos, derecho comparado y doctrina sobre el análisis de concentraciones económicas presentamos un resumen de los procedimientos establecidos en la Ley 601 y su Reglamento que deben de ser llevados por el Instituto como fundamento legal indispensable, a fin de que la resolución de PROCOMPETENCIA tenga tanto los soportes científicos, como jurídico necesarios para su incuestionable implementación por los agentes económicos y/o autoridades nacionales.

1. Procedimiento de notificación y solicitud de autorización

Quedan obligadas a la notificación previa las concentraciones establecidas en el artículo 25 de la Ley, en el que se establecen los umbrales. El procedimiento establece que la solicitud de autorización debe ser presentada ante el Instituto de PROCOMPETENCIA y tiene que acompañarse con la siguiente información²¹:

²¹ Reglamento a la ley 601, artículo 33

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

1. Nombre, denominación o razón social de los agentes económicos que solicitan la autorización de la concentración y de aquéllos que participan en ella directa o indirectamente.
2. En su caso, nombre del representante legal y los documentos que acrediten su representación, dirección para recibir notificaciones.
3. Copia certificada de la escritura de constitución, estatutos, sus reformas, decreto de otorgamiento de personalidad jurídica, en su caso. Los estados financieros del ejercicio fiscal inmediato anterior, certificados por un contador público.
4. Certificación de la composición del capital social de los agentes económicos participantes antes de la concentración, por la persona legalmente facultada para ello, sean sociedades nacionales o extranjeras, y descripción de la nueva composición de dicho capital. Además, se debe identificar la participación de cada accionista directo e indirecto, antes y después de la concentración, y de las personas que tienen y tendrán control.
5. Descripción de la concentración, sus objetivos y tipo de operación y proyecto del instrumento jurídico en que se formalizaría la concentración, así como cualquier otra información relevante relacionada con la operación de concentración, entre otras, las cláusulas por las cuales se obligan a no competir y las razones por las que se estipulan.
6. Mención sobre los agentes económicos involucrados en la transacción que tenga directa o indirectamente participación en el capital social, en la administración o en cualquier actividad de otros agentes económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios sustancialmente relacionados con los de los agentes económicos participantes en la concentración.
7. Descripción de los principales bienes o servicios que produce u ofrece cada agente económico involucrado, precisando su uso en el mercado relevante y la lista de los bienes o servicios iguales o similares y de los principales agentes económicos no involucrados que los produzcan, distribuyan o comercialicen en el territorio nacional.
8. Datos de la participación en el mercado de los agentes económicos involucrados;
9. Localización de las plantas, los establecimientos de los agentes económicos involucrados, la ubicación de sus principales centros de producción y distribución y la relación que éstos guarden con dichos agentes.

Los documentos a que se refieren los numerales 2 y 3 anteriores, se presentarán, ya sea en original o copia debidamente razonada.

Cuando las solicitudes de autorización de las concentraciones no cumplan con los requisitos antes referidos, el presidente, por medio de la dirección responsable, tiene la obligación de requerir a los interesados para que subsanen la falta de requisitos,

otorgando un plazo que no exceda de 10 días hábiles, en caso de no realizar la subsanación el solicitante, no se le dará trámite y se archivarán las diligencias.²²

Una vez que se ha subsanado la falta de alguno de los requisitos, y se ha completado la información requerida, se dará inicio al procedimiento de autorización, éste se empezará a contar a partir del día siguiente en el que PROCOMPETENCIA tenga la información requerida y la subsanación de falta requisitos²³.

El presidente, por medio de la dirección correspondiente, puede requerir información a otros agentes que tengan relación con la concentración, sin que ello signifique que se les considera parte del procedimiento. Además, se deja claro, que en el procedimiento pueden intervenir aquellos que demuestren tener un interés legítimo, sustentando sus alegatos con las pruebas necesarias²⁴. Con respecto a esto, es bueno aclarar que cuando se habla de otros agentes económicos relacionados con la concentración, se refiere a aquéllos que formen parte de ese mercado que será afectado por la operación.

Cuando la concentración, sujeto de análisis esté regulada por leyes especiales, PROCOMPETENCIA puede requerir información, opinión técnica y colaboración de las entidades competentes²⁵.

Al día siguiente en que se subsanó la falta de requisitos, el presidente por medio de la dirección correspondiente dispone de 30 días hábiles para hacer un examen preliminar de la concentración solicitada²⁶.

El director correspondiente, si en el plazo al que se refiere el párrafo anterior, estima que no existen evidencias suficientes de que la concentración económica pueda provocar una limitación significativa a la competencia en el mercado, emitirá un

²² Reglamento a la ley 601, artículo 34

²³ Reglamento a la ley 601, artículo 35.

²⁴ Reglamento a la ley 601, artículo 36.

²⁵ Reglamento a la ley 601, artículo 37.

²⁶ Reglamento a la ley 601, artículo 38.

dictamen dirigido al presidente recomendando la autorización de la solicitud. El presidente emitirá la autorización en un plazo máximo de 5 días hábiles²⁷.

En el caso de que la concentración no pueda autorizarse en el plazo anterior, se abre un procedimiento de investigación. El director correspondiente abre un periodo probatorio de 90 días hábiles, esto es con la finalidad de obtener mejores elementos de juicio. Una vez concluido el plazo anterior, el director cuenta con otro plazo máximo de 60 días hábiles para remitir un dictamen y una propuesta de resolución al presidente, (rechazando la concentración, o bien aceptándola total o parcialmente, o condicionándola). El presidente, a partir del día siguiente que recibe el expediente, cuenta con un plazo de 30 días hábiles para resolver²⁸.

Las resoluciones que autoricen total o parcialmente la concentración deben explicar las razones y elementos de convicción. Para la situación específica de la concentración autorizada parcial o condicionadamente, PROCOMPETENCIA puede establecer las siguientes obligaciones a los agentes económicos:

- 1. Llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla. Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones.*
- 2. Eliminar una determinada línea de producción*
- 3. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar.*
- 4. Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios.*
- 5. Las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre competencia.*

²⁷ Reglamento a la ley 601, artículo 38.

²⁸ Reglamento a la ley 601, artículo 39.

En el caso de que la resolución niegue la autorización de la operación de concentración, se debe indicar las razones, es decir, fundamentar el efecto que provocaría en el mercado al disminuir, restringir, dañar o impedir la libre competencia²⁹.

Contra de las resoluciones del presidente se puede recurrir de revisión, éste se interpone ante el mismo presidente en un plazo de 5 días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución³⁰. Presentado el recurso, el presidente tiene un plazo máximo de 10 hábiles para resolver, contados a partir del día siguiente de la admisión del recurso. Si se vence el plazo, y el presidente no resuelve, se tiene como resuelto a favor del recurrente, operando el silencio administrativo de forma positiva.

Si la resolución del recurso de revisión no resulta favorable para el recurrente, éste puede apelar³¹. El recurso de apelación se debe interponer en un plazo de 5 días hábiles a partir del día siguiente de la notificación de la negativa del recurso de revisión. El Consejo Directivo tiene un plazo de treinta días hábiles para resolver, si el Consejo directivo no resuelve en dicho plazo, se tendrá como resuelto a favor del recurrente. El recurso de apelación agota la vía administrativa, quedando como única opción el recurso de amparo ante la Corte Suprema de Justicia.

2. Procedimiento de investigaciones de concentraciones no notificadas

En caso de que las concentraciones no sean notificadas, el artículo 31 de la ley, faculta a PROCOMPETENCIA para iniciar un procedimiento de investigación de oficio o a petición de parte.

Para presentar la denuncia, el artículo 32 de la ley establece los siguientes requisitos:

1. Señalar el agente económico presuntamente responsable.
2. Establecer dirección de la sede principal del agente económico.
3. Describir en qué consiste la práctica o violación de la ley.

²⁹ Reglamento a la ley 601, artículo 40.

³⁰ Ley 601, artículo 39

³¹ Ley 601, Art. 40.

Instructivo para el Análisis de Concentraciones

4. Detallar el daño o perjuicio que se le ha causado o se le pueda causar en un futuro.
5. Presentar la denuncia debidamente firmada por el denunciante o quien legalmente lo represente, acompañando el documento público respectivo.
6. Acompañar al original de dos copias, por regla general, pero según el artículo 49 del Reglamento se deben presentar tantas copias como partes hubiere en el procedimiento y un juego de copias adicional.
7. Señalar lugar para recibir notificaciones y demás diligencias dentro de la capital de la República, Municipio de Managua, en caso de que PROCOMPETENCIA no cuente con oficinas en el domicilio del denunciante.
8. Establecer las razones por las cuales se considera que las concentraciones superan los umbrales señalados en el artículo 25 de la ley (art. 49 Reglamento).
9. Proporcionar los datos que permitan identificar a otros agentes económicos que pudiesen resultar afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia o concentración prohibida.

En el caso que la denuncia no reúna los requisitos, el presidente, por medio del director del área correspondiente, requerirá al denunciante para que en un plazo que no exceda de 10 días hábiles subsane la falta de requisitos, de no hacerlo en dicho plazo no se le dará trámite a la denuncia y se archivarán las diligencias. (Artículo 50 del Reglamento)

Una vez presentada la denuncia o subsanada, dentro de diez días hábiles siguientes el presidente dicta un auto motivado en el que ordena el inicio del proceso administrativo, el que indica como mínimo lo siguiente (artículo 51 del Reglamento):

1. Nombramiento de los funcionarios que instruirán el proceso.
2. Exposición sucinta de los hechos.
3. Clase de infracción y la sanción que se pudiera aplicar.

Una vez elaborado dicho auto (notificado al presunto infractor) se inicia la sustanciación del proceso, dándosele un plazo de treinta días hábiles para alegar lo que tenga a bien sobre las pruebas presentadas en su contra, alegatos que podrá acompañar de documentos e informaciones que estime convenientes, teniendo el derecho de proponer los medios probatorios que estime a bien para desvirtuar las pruebas presentadas en su contra.

Concluido el periodo alegatorio, se abre a prueba el procedimiento por el plazo de noventa días. Finalizado éste, se fija un plazo no mayor de 10 días hábiles para que él o los agentes económicos formulen los alegatos de conclusión.

Transcurrido el término de pruebas, alegatos de conclusión y el análisis de las pruebas, en un plazo de diez días hábiles, los funcionarios delegados remitirán el expediente con un análisis y propuesta de resolución al presidente de PROCOMPETENCIA, quien emite su resolución en un plazo no mayor de noventa días hábiles, los que son

computados desde el día siguiente de la remisión del expediente. El plazo para dictar resolución puede ser prorrogado por otros noventa días. (artículo. 35 de la Ley).

El artículo 36 de la Ley establece que el presidente puede ordenar, mediante resolución, la desconcentración total o parcial de agentes económicos, además puede imponer multas, que, en este caso, por no haber notificado la concentración sujeta a dicha obligación, se multa con un mínimo de 100 salarios mínimos hasta un máximo de 600 salarios mínimos (Art. 46 literal c).

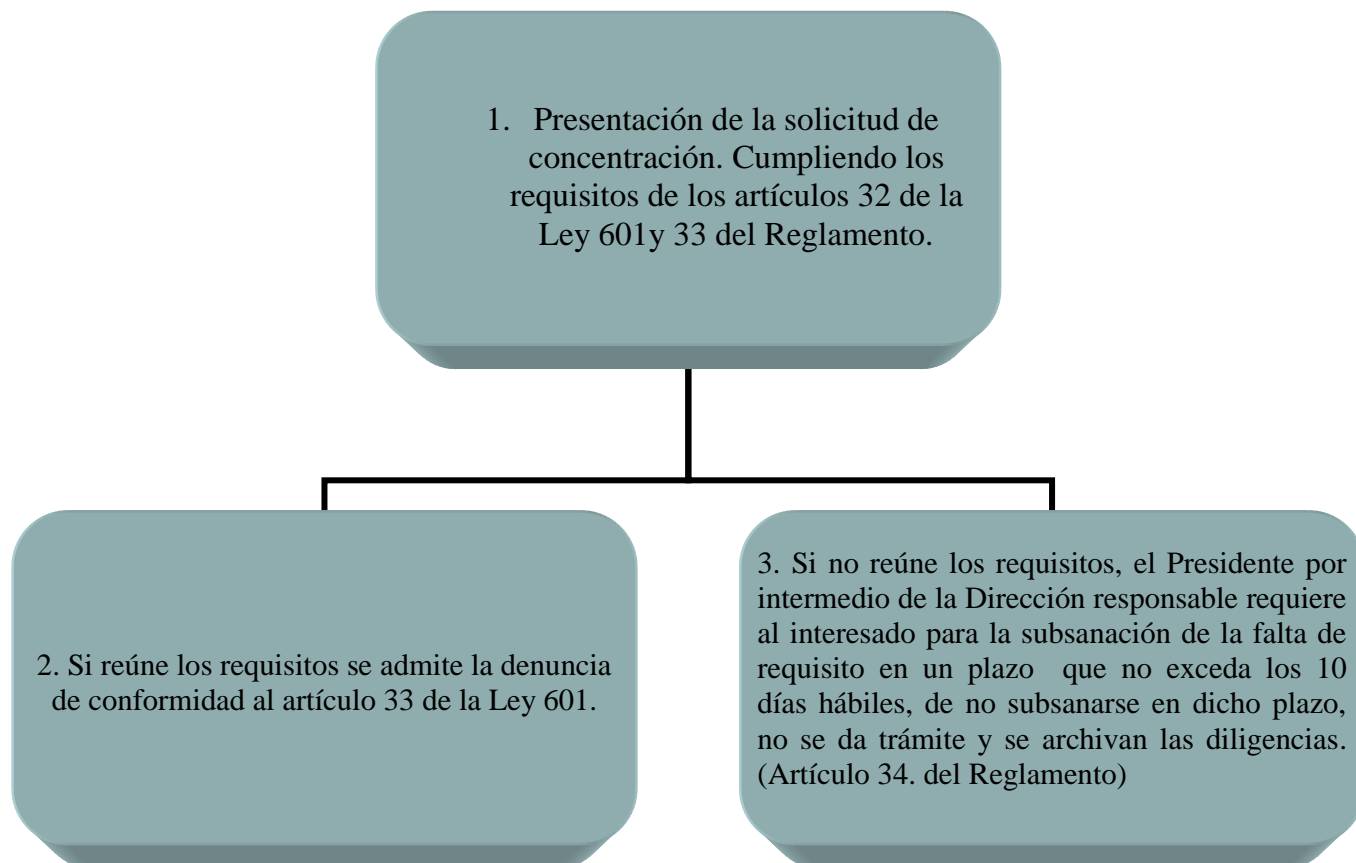
PROCOMPETENCIA puede imponer sanciones por cada día de atraso cuando los agentes no suministren la información o colaboración requerida o lo hagan de manera incompleta. La sanción es de 15 salarios mínimos por cada día de atraso (art. 46 literal d).

Las resoluciones del presidente pueden ser recurridas de revisión, ésta debe interponerse por escrito en un plazo no mayor de cinco días hábiles a partir de la notificación. La resolución queda firme si se vence el plazo y no se interpone dicho recurso. Si fuere presentado en tiempo y forma, el presidente tiene un plazo máximo de 10 hábiles para resolver, contados a partir del día siguiente de la admisión del recurso. Si se vence el plazo sin que el presidente resuelva, opera el silencio administrativo positivo. (Art. 39 de la ley).

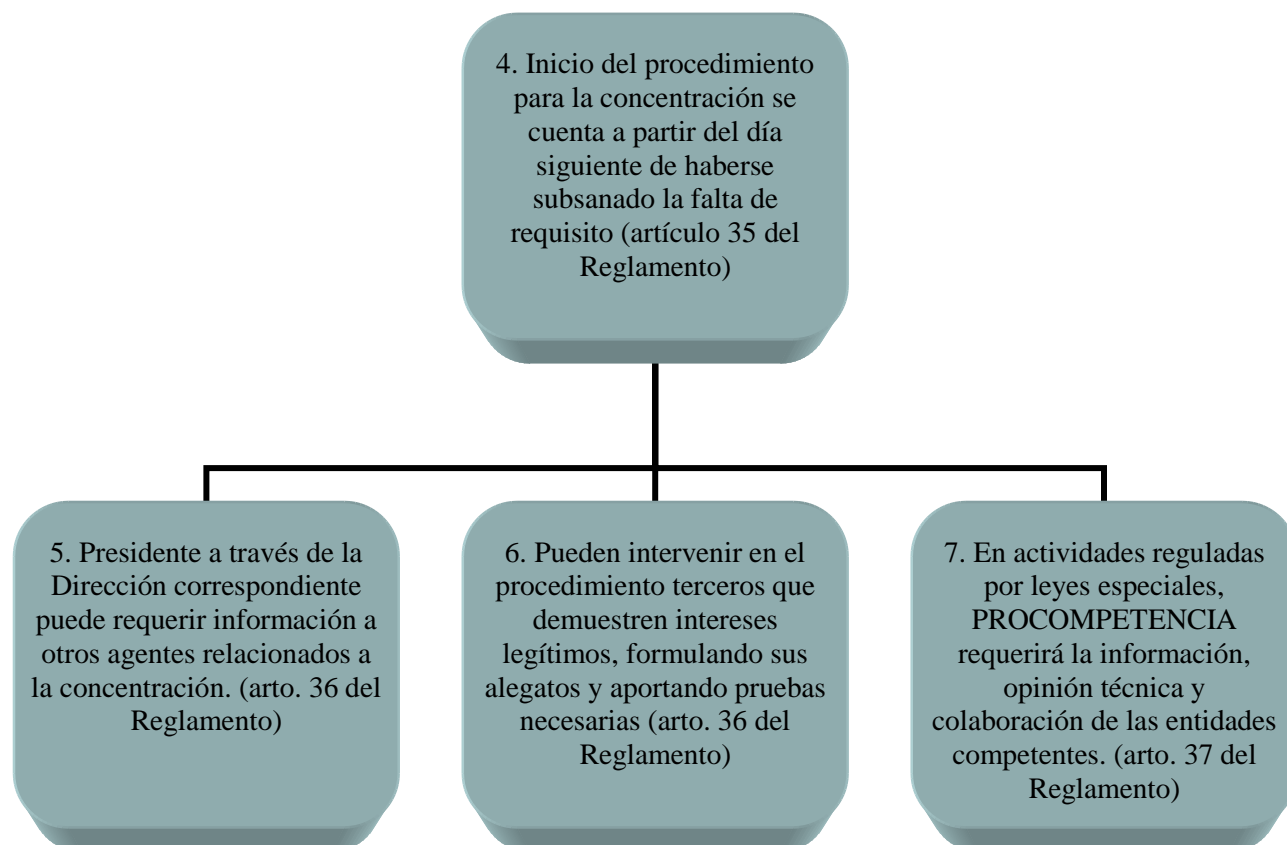
La resolución del recurso de revisión admite apelación ante el Consejo Directivo, en un término de 5 días hábiles a partir de la notificación. El Consejo Directivo tiene un plazo de treinta días hábiles para resolver, en caso de vencerse el plazo sin que el Consejo resuelva el recurso, opera el silencio administrativo positivo, de esta manera se agota la vía administrativa (Art. 40 de la Ley).

3. Flujograma procedimiento de analisis de concentraciones económicas.

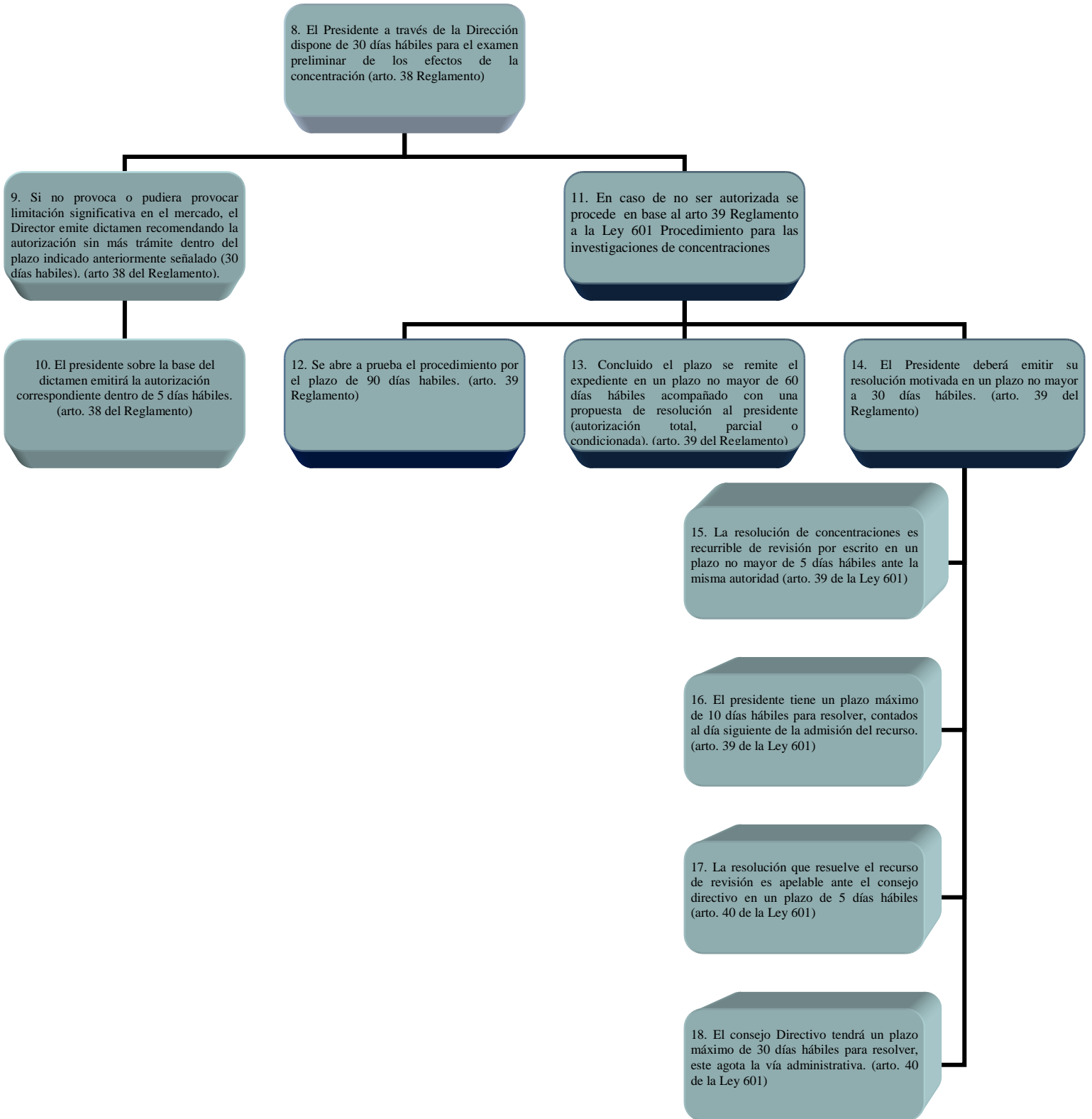
3.1. Solicitud de concentraciones



3.2. Inicio de Procedimiento y requerimiento de información e intervención de terceros.



a. Dictamen Preliminar, Procedimiento de investigación, resolución y recursos para las concentraciones



Bibliografía

1. **DECRETO No. 79-2006**, Reglamento a la Ley 601 de Promoción de la Competencia". Publicado en La Gaceta No. 10 del 15 de Enero del 2007.
2. **García Alba Iduñate, P.** "Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados". *El Trimestre Económico*. julio-septiembre de 1994.
3. **Le Roy Miller, R. y Meiners, R.E.** *Microeconomía*, Tercera Edición. McGraw Hill. México. 1990.
4. *Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina*. 2005. Indecopi.
5. **Ley 601**, *Ley de Promoción de la Competencia*. Publicada en La Gaceta No. 206 del 24 de Octubre del 2006.
6. **Ley 668**, Ley de Reforma y Adiciones a la Ley No. 601, "Ley de Promoción de la Competencia". Publicada en La Gaceta N° 174 del 09 de Septiembre de 2008.
7. **Merger Enforcement Guidelines**. Bureau of Competition, Canada.
8. **Orúe Cruz José René**, *Análisis sobre el Derecho de Competencia*, Proyecto MIFIC-GTZ. 2004.
9. **Orúe Cruz José René**, *Derecho de Competencia. Una introducción*. Grupo editorial Lea. 2004.
10. **Pascual y Vicente, Julio**. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Editorial Civitas. Madrid. 2002.
11. **Reglamento Europeo**, Apartados 1 y 2 del Artículo 3.
12. **Samuelson Paul y Nordhaus William**. *Economía*. Mc Graw Hill/Interamericana de España S.A.U. 2002.
13. **Soto. Ricardo Alonso**. "Derecho de la Competencia (III). El control de las Concentraciones de Empresas en Uría y Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas. Tomo 1, Civitas. Madrid. 1999.
14. **Tugores Ques, J.** *Economía Internacional e Integración Económica*, Segunda Edición. McGraw Hill, 1995.
15. **U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission**. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992.