

PRACTICAS RECOMENDADAS POR LA RICE ¹ PARA EL ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.

Estas recomendaciones sobre el análisis sustantivo de las concentraciones económicas se derivan del Libro de Lineamientos para Concentraciones de la RICE y las prácticas comunes entre los miembros de las jurisdicciones. Tienen la finalidad de complementar las descripciones detalladas del análisis de concentraciones económicas del libro. Para una descripción de las técnicas de investigación eficaces para el desarrollo de evidencia, considerando hechos particulares que se presenten en las investigaciones de concentraciones, consulte el Manual de Técnicas de Investigación de la RICE para el análisis de concentraciones económicas.

Las Prácticas Recomendadas por la RICE para la notificación de concentraciones económicas y revisión de procesos abordan aspectos procedimentales sobre identificación y análisis. Varios temas tratados en esas prácticas recomendadas se relacionan con el marco legal para el análisis sustantivo de concentraciones. En particular, las prácticas que abordan la transparencia, el poder de las agencias, la confidencialidad y la dirección de una investigación de una concentración, son relevantes para el marco legal relativo al análisis sustantivo de concentraciones.

I. El Marco legal para el Análisis de Competencia de las Concentraciones.

A. El propósito del análisis de las leyes de competencia para concentraciones es identificar y prevenir o remediar solamente las concentraciones que pueden dañar significativamente a la competencia.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)*

Comentario 1: El marco legal de las leyes de competencia para el análisis de concentraciones (“ley para el análisis de concentraciones”) debe enfocarse exclusivamente en identificar y prevenir o remediar concentraciones anticompetitivas. Una ley para el análisis de concentraciones no debe ser utilizada para perseguir otros objetivos.

Comentario 2: La mayoría de las concentraciones no dañan la competencia. Varias concentraciones permiten a la parte absorbida reducir costos y volverse más eficientes, llevándolos a reducir precios, mayor calidad en los productos o a incrementar la inversión en innovación. Sin embargo, algunas concentraciones pueden afectar a la competencia al crear y mejorar la capacidad o los incentivos de la empresa concentrada para ejercer su poder de mercado – ya sea de manera unilateral o a través de actos de colusión - resultado un incremento en el precio sobre los niveles competitivos por un periodo significativo, reducción en la calidad o disminuyendo la innovación.

Comentario 3: Las leyes y políticas para el análisis de concentraciones deben proporcionar a las agencias de competencia la habilidad de diferenciar las concentraciones que tienen un improbable efecto anticompetitivo significativo de aquellas que requieren más análisis. La identificación de las concentraciones que potencialmente amenazan con afectar la competencia, así como la revisión expedita y clara de concentraciones no problemáticas pueden llevar a la utilización más efectiva del uso de los recursos de la agencia así como un análisis más efectivo de los criterios legales y los asuntos económicos.

¹ Red Internacional de Competencia Económica (*International Competition Network, ICN* por sus siglas en inglés).

Comentario 4: La decisión de una autoridad de competencia para tomar medidas en contra de una concentración no debe basarse en los efectos anticompetitivos esperados que son insignificantes o transitorios en su duración.

Comentario 5: Las agencias solo deben intervenir para prohibir o remediar una concentración cuando es necesario prevenir efectos anticompetitivos que puedan ser causados por dicha concentración. El objetivo apropiado de la intervención de la agencia para prohibir o remediar una concentración es mantener o restaurar la competencia afectada por la concentración, no para mejorar la competencia previa a la concentración.

B. La ley y políticas para el análisis de concentraciones de una jurisdicción deben proveer un marco comprensivo para abordar de manera efectiva las concentraciones que pueden dañar significativamente la competencia.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)*

Comentario 1: Una ley o política para el análisis de concentraciones de una jurisdicción debe permitir a la agencia de competencia realizar un análisis de competencia y tomar acción para la aplicación de la ley de manera efectiva y apropiada.

Comentario 2: Una ley para el análisis de concentraciones debe tener amplia aplicación sobre las transacciones² que puedan levantar preocupaciones significativas para la competencia, independientemente de cómo se encuentre estructurada la transacción. La autoridad legal para analizar una concentración no debe basarse en la forma o en los tecnicismos del acuerdo de la concentración.

Comentario 3: Excepciones o especificaciones de un sector a las provisiones generalmente aplicables para el análisis de concentraciones, deben delimitarse y revisarse periódicamente.

Comentario 4: El estándar legal sustantivo para las concentraciones y cualquier lineamiento analítico debe basarse en sólidos y robustos principios económicos. Las leyes y políticas para el análisis de concentraciones deben establecer un marco de análisis que permita abordar los posibles efectos anticompetitivos de una concentración, manteniendo la flexibilidad suficiente para adaptarse a la evolución en el aprendizaje económico. Los estándares legales y analíticos claros, comprensivos y transparentes, que incluyen la identificación del rango de concentraciones sujetas a la ley y los estándares sustantivos para evaluar si la concentración puede afectar significativamente a la competencia, mejoran la previsibilidad de las acciones de aplicación de la ley.

Comentario 5: La determinación de si una concentración posiblemente afecte a la competencia de manera significativa debe tener lugar dentro de los procedimientos legales establecidos, incluyendo una valoración adecuada y transparente de los estándares de la prueba.

²Una discusión detallada sobre los tipos de transacciones que cubren las leyes para el análisis de concentraciones está contenida en el informe de la RICE de 2007: “Definiendo Transacciones de “Concentraciones” para propósitos de análisis de concentraciones”.

C. El análisis de concentraciones de una agencia debe ser integral en la evaluación de los factores que afectan a la determinación de si una concentración puede perjudicar a la competencia de manera significativa.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)*

Comentario 1: El análisis de concentraciones de una agencia no debe ser una aplicación mecánica de un estándar legal basado en presunciones rígidas, criterios estructurales o una concentración de fórmulas y números. Una agencia debe aplicar su análisis de concentraciones económicas de manera razonable y flexible sobre una base, caso por caso, reconociendo la amplia gama de posibles contextos fácticos y los efectos competitivos específicos que puedan surgir en diferentes transacciones.

Comentario 2: El estándar legal sustantivo en una ley para el análisis de concentraciones debe permitir la intervención solo donde se pueda establecer, con un estándar de pruebas, donde cualquier futuro efecto anticompetitivo probable sea atribuible a la propia concentración, y no a ningún otro factor. Central en el análisis, por lo tanto, debe ser una comparación de la competencia en el mercado relevante con y sin la concentración. En la mayoría de los casos, el punto de partida de este análisis será una evaluación de las condiciones de competencia existentes antes de la concentración, pero también debe considerarse que cualquier cambio en esas condiciones probablemente se llevará a cabo con independencia de la concentración.

Comentario 3: El análisis de concentraciones requiere que una agencia pronostique un impacto competitivo de la concentración para prevenir cualquier problema competitivo antes de que ésta se materialice. Las agencias deben reconocer que además, en el futuro, los efectos predichos (tanto benéficos como perjudiciales) pueden ocurrir, lo más complicado es predecir de manera confiable que ocurrirán.

Comentario 4: La aplicación objetiva de los estándares de la ley de en el análisis de concentraciones promueve la consistencia y la previsibilidad. La práctica para el análisis de concentraciones de una agencia también debe incluir un compromiso con la transparencia (sujeto a la protección de la confidencialidad apropiada) con el fin de alcanzar la consistencia y la previsibilidad y permitir que las partes concentradas y al público en general, comprender mejor cómo se aplican las leyes sobre las concentraciones. Una agencia debe articular claramente los factores analíticos que utiliza para el análisis de concentraciones.

II. Definición de Mercado

- A. **Las agencias generalmente deben evaluar los efectos competitivos de la concentración en los mercados económicamente significativos. Un mercado relevante consiste en un producto o grupo de productos y un área geográfica en la cual se ha producido o vendido, el cual podría estar sujeto a un ejercicio de poder de mercado.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: El propósito de la definición de mercado en el análisis de concentraciones es identificar un marco adecuado para evaluar si una concentración puede crear o aumentar el poder de mercado. La definición del mercado no es un fin en sí mismo, sino que es un ejercicio diseñado para informar al análisis de los efectos anticompetitivos de una concentración a través de la identificación de los bienes o servicios (en conjunto referidos aquí como "productos") en el que las ubicaciones geográficas limitan considerablemente el comportamiento competitivo de las empresas que se concentran. Donde haya disponibilidad, la prueba empírica rigurosa de los efectos sobre la competencia no sólo puede informar directamente al análisis de los efectos sobre la competencia, sino también puede ser útil en la determinación del mercado relevante.

Comentario 2: El término "mercado" en el análisis de concentraciones tiene una definición clara y precisa que difiere del uso del término "mercados" en otros contextos. Un mercado económicamente significativo podría ser sujeto de un ejercicio de poder de mercado que probablemente habría de perjudicar significativamente a la competencia, en lugar de los efectos anticompetitivos que son insignificantes o de naturaleza transitoria. Al referirse a "mercados" contenidos en documentos de negocios y otros contextos pueden aportar ideas importantes que pueden ser de gran relevancia para la definición del mercado, las empresas y los consumidores, generalmente no utilizan el término "mercado" en el mismo sentido utilizado en el análisis de concentraciones. Por lo tanto, las agencias deben tener cuidado al distinguir entre el término técnico "mercado" utilizado en el análisis de concentraciones y el término "mercado" que puede ser usado en otros contextos.

Comentario 3: Las concentraciones pueden tener efectos potenciales en más de un mercado relevante o mercado geográfico³ y requieren de una evaluación competitiva independiente para cada mercado con potencial de riesgo para la competencia. Las agencias deben examinar los mercados relevantes que pudieran resultar afectados por la concentración para determinar si un daño significativo a la competencia en su jurisdicción es probable que se produzca en cualquiera de ellos.

Comentario 4: Las agencias deben evaluar la definición del mercado en el contexto de los hechos y las circunstancias particulares de la concentración. Las condiciones competitivas cambian en el tiempo y pueden variar en diferentes áreas geográficas. Mientras que los mercados relevantes identificados en investigaciones anteriores en la misma industria o en investigaciones de agencias en otras jurisdicciones, pueden ser de carácter informativo, pueden no ser aplicables a la evaluación que la agencia realiza al evaluar la de la concentración relevante cuando las condiciones de mercado difieren (o han evolucionado) a lo largo del tiempo o entre áreas geográficas.

Comentario 5: La definición del mercado proporciona la base para los cálculos de la participación de mercado y los niveles de concentración, y más en general de un marco para el análisis de los efectos

³ Algunas agencias se refieren a un relevante "mercado de producto" y un relevante "mercado geográfico" mientras otras consideran un mercado relevante como un componente de un producto o "dimensión" geográfica. El mismo análisis aplica bajo cualquiera de estos marcos.

sobre la competencia⁴. Las participaciones de mercado y los niveles de concentración son significativos para el análisis de concentraciones solamente cuando están basados en una definición apropiada del mercado. Por lo tanto, las agencias deben tener especial cuidado en los mercados que definen donde la elección entre posibles definiciones de mercado puede tener un efecto significativo en las participaciones de mercado. En tal caso, las agencias pueden tratar desarrollar pruebas más directas sobre los posibles efectos competitivos. En otros casos, puede quedar claro que la concentración no creara o mejorara el poder de mercado bajo cualquier definición de mercado plausible. En tales circunstancias, las agencias pueden no llegar a alguna conclusión firme sobre el alcance del mercado relevante.

B. La prueba “Monopolista Hipotético “o “SSNIP”⁵ es una prueba apropiada para determinar los mercados o el mercado relevante(s) en el que se analizan los efectos competitivos de la concentración.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: Un ejercicio de poder de mercado es factible sólo cuando los consumidores no pueden reducir suficientemente la demanda de los producto(s) relevante(s), o desviar suficientemente la demanda a otros productos o a otras localidades, con el fin de que un aumento en los precios (u otro daño en la competencia) no sea rentable. La definición del mercado depende primeramente de la sustitución la demanda, que se enfoca en el grado en que los consumidores probablemente cambiarían de un producto a otro, o de un proveedor en un área geográfica a un proveedor de otra área, en respuesta a los cambios en los precios, la calidad, disponibilidad u otras características. Además, las consideraciones de suministro también son relevantes para la comprensión de las presiones competitivas sobre las empresas que se concentran. La identificación de un mercado relevante y un mercado geográfico relevante están interrelacionados. Así, por ejemplo, el grado en que los compradores podrían cambiar a otros productos debe ser evaluado en el contexto del mercado geográfico relevante.

Comentario 2: La prueba del Monopolio Hipotético o “SSNIP” identifica un área con un producto y espacio geográfico en cual un monopolista hipotético puede ejercer rentablemente poder en el mercado. Bajo esta prueba, las agencias generalmente identifican el mercado relevante como un producto o un grupo de productos y un área geográfica en la cual es producido o vendido para el cual una empresa hipotética, maximizadora de ganancias, no está sujeta regulación de precios, es la única presente y futura productora o vendedora de(los)producto(s) en esa zona, impondría al menos un "aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio" (comúnmente conocida como "SSNIP"), suponiendo que las condiciones de venta para todos los demás productos se mantienen constantes⁶. En la práctica, generalmente no puede haber datos suficientes para aplicar la prueba SSNIP cuantitativamente. No obstante, el marco conceptual de la prueba en muchos de los casos proporciona una herramienta metodológica útil para recopilar y analizar evidencia disponible relevante para la definición del mercado.

⁴Análisis de Concentraciones III aborda el uso de participantes en el mercado. Análisis de Concentración IV, V y VI abordan el análisis de los efectos competitivos.

⁵ Aumento Pequeño pero Significativo y no Transitorio en el Precio (Small but Significant and Non transitory Increase in Price “SSNIP” por sus siglas en inglés).

⁶ Las agencias pueden caracterizar las pruebas en términos diferentes en cuanto a un hipotético monopolio maximizador de ganancias “sería”, “probablemente sería” o “podría ser” imponer, de manera rentable para él, un SSNIP. El análisis es muy similar en cualquiera de las formulaciones, y cada uno generalmente conducirá a los mismos resultados en la evaluación sustantiva.

Comentario 3: En la mayoría de los casos, las agencias utilizan los precios vigentes de los productos de las empresas que se concentran y los posibles sustitutos como punto de partida para la aplicación de la prueba SSNIP. Sin embargo, las agencias pueden utilizar precios futuros, en ausencia de la concentración, cuando los cambios en los precios prevalecientes sean predecibles con una rentabilidad razonable. Así mismo, cuando las circunstancias anteriores a la concentración sugieren fuertemente la interacción coordinada u otra evidencia indica fuertemente que los precios actuales están por encima de los niveles competitivos, las agencias pueden considerar el uso de un precio que refleje más el precio competitivo. Lo que constituye un "aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio" dependerá de la naturaleza de la industria, pero un punto común es el aumento de precios de entre el 5 y el 10 por ciento para un futuro previsible (ej., un año). En algunos casos, la prueba SSNIP se aplica al valor agregado por los proveedores en el mercado en vez de en el precio final.

Comentario 4: Las agencias generalmente aplican el "principio del mercado más pequeño" para identificar un producto y un mercado geográfico relevante que no es más grande de lo necesario para satisfacer la prueba SSNIP. Sin embargo, algunas ocasiones, puede ser apropiado para definir mercados más amplios. En algunos casos, la aplicación del principio del mercado más pequeño puede fallar en detectar una coincidencia horizontal entre las partes que generan la concentración. En otros casos, cuando el análisis de los efectos competitivos es el mismo para un mercado más amplio, puede ser innecesario definir el mercado más pequeño. Similarmente, puede ser apropiado debido a su conveniencia agregar mercados donde el análisis de los efectos competitivos es el mismo a través de un grupo de productos o áreas geográficas, cada una de las cuales podría definirse como un mercado relevante separado.

Comentario 5: La evidencia sobre las respuestas probables de demanda de los consumidores a un SSNIP puede derivarse de varias fuentes, tales como clientes, las empresas concentradas, de los competidores, la industria, o asociaciones empresariales y los vendedores intermedios. En algunos casos, el precio adecuado confiable, costo y datos de cantidad pueden permitir el análisis empírico, tal como la estimación de la elasticidad de la demanda o de las estimaciones de las ventas que se perderían en respuesta a una SSNIP. Además, la evidencia directamente relacionada con la concentración actual a los posibles efectos competitivos, tales como la evidencia derivada de los eventos del mercado anterior, tales como la entrada y salida o una concentración anterior (a veces llamados "experimentos naturales"), también es relevante para la definición del mercado. Esta evidencia puede identificar posibles mercados pertinentes y reforzar o dañar otras pruebas relacionadas con la definición de mercado.

- C. Al aplicar la prueba SSNIP para identificar un producto de mercado relevante, las agencias generalmente debe identificar un producto o grupo de productos para los cuales un monopolio maximizador de la ganancia habría de imponer de manera rentable, al menos, un SSNIP, suponiendo que las condiciones de venta de todos los demás productos se mantuvieran constantes.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: Al determinar el (los) producto(s) de mercado(s) adecuado(s) para evaluar los efectos competitivos de una concentración, las agencias deben evaluar el grado en que los productos son sustituibles desde el punto de vista de los consumidores. Las agencias no deben considerar solamente si los productos son sustitutos funcionales, sino también si son buenos sustitutos económicos para un

número suficiente de clientes con el fin de hacer un SSNIP no rentable. Las elasticidades de precios o precios cruzados de la demanda y los coeficientes de desvío, donde se pueden calcular de forma fiable, son muy importantes para determinar si los productos son sustitutos cercanos entre sí y parte del mismo mercado relevante. En la práctica, los datos necesarios para calcular las elasticidades de demanda fiables a menudo no están disponibles.

Comentario 2: Una sola empresa puede participar en una serie de mercados de productos. Las agencias generalmente deben comenzar el proceso de definición del mercado de producto mediante la aplicación de la prueba SSNIP a un mercado seleccionado de cada producto fabricado o vendido por cada una de las empresas que se concentran la evaluación de lo que sucedería si un monopolista hipotético de ese producto impusiera al menos una SSNIP en ese producto, mientras que las condiciones de venta de todos los demás productos se mantuvieran constantes. Si el monopolista hipotético no impusiera un incremento rentable de los precios debido a la sustitución de los clientes a otros productos, el mercado seleccionado no es un mercado de producto por sí mismo. Las agencias deben agregar al grupo de productos el producto que es el mejor sustituto del producto de la empresa concentrada y aplicar la prueba SSNIP al mercado seleccionado de productos ampliado. Este proceso continúa hasta que un grupo de productos sea identificado, tal que el monopolista hipotético que suministra el(los) producto(s) estaría en condiciones de ejercer poder de mercado e imponer de manera rentable un SSNIP en el mercado seleccionado. Generalmente el producto del mercado será el grupo de productos más pequeño que satisfaga la prueba. En la práctica, los datos suficientes por lo general no están disponibles para implementar este proceso secuencial como se describe. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el marco conceptual de la prueba proporciona una herramienta metodológica útil para reunir y analizar la evidencia disponible relevante para la definición de mercado.

Comentario 3: Los límites de los mercados productos relevantes pueden no ser precisos, sobre todo en productos diferenciados en donde puedan existir sustitutos a lo largo de un continuo. En estos casos, algunos productos pueden estar en el mismo mercado e incluso puede ser sustituto mucho más cercano uno al otro lo que de otros productos que también están en el mercado. El grado de diferenciación del producto y la capacidad de sustitución por parte de los clientes puede variar con el tiempo a través de áreas geográficas. Las agencias deben reconocer que la simple dicotomía de clasificación de los productos, ya sea como "en el mercado", y, por lo tanto, como un sustituto cercano de otros productos en el mercado de productos, o "fuera del mercado", y por lo tanto ofrecen poca o ninguna presión competitiva sobre los productos en el mercado, no captura adecuadamente la interacción competitiva, ya sea de sustitutos cercanos particulares o de relativamente distantes sustitutos. En algunos casos, puede ser apropiado para trazar un límite de mercado más estrecho, en torno a un subconjunto de posibles sustitutos, que la gama de sustitutos funcionales de entre la cual los clientes eligen, en la medida que un monopolista hipotético sobre un segmento de los posibles sustitutos pueda de manera rentable elevar los precios de manera significativa.

Comentario 4: Al considerar la posible reacción de los consumidores al aumentar el precio, las agencias deben tomar en cuenta la evidencia relevante para la sustitución probable de los productos por los consumidores respuesta al SSNIP. La evidencia relevante generalmente incluye, pero no se limita a:

- las características, precios, funciones y uso de los clientes del (los) producto(s) relevantes;
- evidencia de que los clientes han cambiado o han considerado cambiar las compras entre productos en respuesta a los cambios relativos en el precio u otras variables competitivas. En algunos casos, las agencias pueden ser capaces de obtener esas pruebas a partir del análisis empírico de los datos cuantitativos, como a través del cálculo del propio precio o elasticidades cruzados de los precios demandados.

- los márgenes entre el precio y el costo marginal o incremental, como márgenes más altos como una fracción del precio pueden implicar que los consumidores sean menos sensibles a los precios;
- evidencia de que las decisiones de negocios de los vendedores se basan en la posible sustitución de los compradores entre los productos en respuesta a los cambios relativos en el precio u otras variables competitivas;
- evidencia con respecto a la fuerza y la naturaleza de las preferencias de los clientes sobre los productos (ej., la lealtad de marca, las preferencias por cierto rendimiento de los productos o de compatibilidad de estándares, etc.);
- niveles de precio relativos y movimientos de precio de los productos comparados a los costos y potenciales sustitutos;
- requisitos legales o regulatorios (ej., los estándares de certificación de productos, la regulación de los estándares de cumplimiento, etc.) que pueden influir en la posibilidad de sustitución de los productos desde la perspectiva de los clientes; y
- el tiempo y los costos necesarios para cambiar los productos, así como los altos costos de cambio relativos al valor de un producto, tienden a hacer la sustitución menos probable.

D. Al aplicar una prueba SSNIP para identificar un mercado geográfico relevante, las agencias generalmente deberán identificar un área en la que un monopolista hipotético maximizador de la renta puede imponer de manera rentable, al menos, un SSNIP, suponiendo que las condiciones de venta de todos los productos en todas las localidades se mantuvieron constantes.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: Al determinar para cada mercado de productos el apropiado mercado geográfico, la discriminación de precios ausente, las agencias deben considerar el grado en que los clientes, en respuesta a un SSNIP del monopolista hipotético dentro de un área geográfica, se desplazarían a los productos producidos o vendidos fuera de la zona geográfica. Las agencias no solamente deben considerar si los clientes podrían cambiar de proveedores en otras áreas geográficas, sino también si un número suficiente de clientes cambiarían a fin de hacer un SSNIP poco entable.

Comentario 2: Una sola empresa puede operar en varios mercados geográficos. Las agencias típicamente deberían comenzar el proceso de definición de mercado geográfico aplicando una prueba SSNIP al mercado seleccionado para cada locación en la que cada empresa concentrada produce o vende el producto relevante, evaluando lo que sucedería, en la ubicación, si un monopolista hipotético impusiera al menos un SSNIP a las ventas de un producto de ese punto de venta, mientras que los términos de venta en las otras localidades permanecerían constantes. Si un monopolista hipotético no pudiera imponer un incremento en el precio de manera rentable debido a la sustitución de los clientes a productos de otras áreas geográficas, el mercado seleccionado no es un mercado geográfico relevante por sí mismo. Las agencias deben entonces añadir la ubicación, que es el siguiente mejor sustituto para la ubicación de la empresa concentrada, y aplicar la prueba SSNIP a un mercado seleccionado de la zona ampliada. Este proceso continuará hasta que la zona se identifica de tal manera que un monopolista hipotético alcance poder sobre el mercado, y de manera rentable imponga al menos un SSNIP en el mercado seleccionado. El mercado geográfico relevante generalmente será el área más pequeña que satisfizo la prueba.

Comentario 3: Un mercado geográfico relevante puede ser local, regional, multinacional o global por naturaleza, y puede no corresponder con fronteras jurídicas o políticas. Al considerar si un mercado

puede ser global o multinacional en su naturaleza, las agencias deben evaluar el grado en que las importaciones, o el potencial de las importaciones, limitarían la capacidad de un monopolista hipotético doméstico para imponer un SSNIP constituyendo una amenaza competitiva y que haría un incremento de precios no rentables. Como parte de esta evaluación, las agencias deben considerar las pruebas relaciona al grado en que los consumidores actualmente ven a los productos importados como sustitutos aceptables, el potencial y las posibilidades de sustitución hacia las importaciones para aumentar en respuesta a una SSNIP impuesta por un monopolista hipotético doméstico, y si las importaciones ocurrirán a una escala suficiente, y con la suficiente rapidez, para limitar el ejercicio de poder de mercado por un monopolista hipotético doméstico.

Comentario 4: Al considerar la posible reacción de los consumidores al incremento en el precio, las agencias deben tomar en cuenta la evidencia disponible relevante para la probabilidad de sustitución de los consumidores a los proveedores fuera de la zona geográfica en respuesta a un SSNIP. La evidencia relevante generalmente incluye, pero no se limita a:

- el costo y la dificultad para transportar el producto en relación con el valor del producto (cuanto mayor es el valor de un producto en relación a sus costos de transporte, es más probable que los consumidores busquen proveedores en localidades más distantes y será más probable que proveedores situados en otras zonas estén dispuestos a suministrar a los clientes en esa área);
- características de un producto (ej., producto perecedero o frágil, la naturaleza y los requerimientos de los servicios ofrecidos, etc.), características geográficas u otras circunstancias que afectan a la capacidad de los clientes para obtener productos de los vendedores fuera del área geográfica;
- la evidencia de que los clientes han cambiado sus compras o han considerado cambiar las diferentes ubicaciones geográficas en respuesta a los cambios relativos en los precios u otras variables competitivas. En algunos casos, las agencias pueden ser capaces de obtener esas pruebas a partir del análisis empírico de los datos cuantitativos;
- la evidencia de que los vendedores basan sus decisiones de negocio en la prospectiva de sustitución del comprador entre ubicaciones geográficas en respuesta a los cambios relativos en el precio u otras variables competitivas;
- los niveles del precio relativo y los movimientos de precios de los productos en diferentes áreas geográficas;
- la disposición de los clientes para obtener el producto o servicio relevante de los proveedores de otras localidades geográficas, incluyendo las preferencias de los consumidores para obtener el producto de un proveedor con presencia local o con la habilidad de comunicarse en el lenguaje local;
- restricciones en la capacidad de los vendedores externos para expandir sus ventas en el área geográfica (ej., capacidad de producción, capacidad comprometida, la necesidad de establecer el reconocimiento y aceptación de la marca, distribución y capacidades de servicio post-venta, etc.);
- los requisitos legales o regulatorios (ej., las obligaciones de importaciones, aranceles, participaciones, requisitos de concesión de licencias, autorizaciones o aprobaciones regulatorias necesarias, etc.) que pueden elevar los costos de los proveedores fuera del área geográfica o impactar en la capacidad de los consumidores para obtener el producto o servicio de proveedores situados fuera del área geográfica; y
- el tiempo y los costos de cambiar de proveedores de una región a otra, así como cambiar los costos relativos al valor del producto hará que la sustitución sea menos probable.

- E. Cuando un monopolista hipotético pueda discriminar los precios cobrados a los grupos particulares de clientes o en áreas geográficas particulares, las agencias deben considerar si un mercado relevante más estrecho, consiste en un producto o grupo de productos que se venden a ciertos grupos de consumidores o, en áreas geográficas particulares, es apropiado.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: Los consumidores existentes pueden diferir en su capacidad y voluntad para cambiar a otros productos, o proveedores en otras áreas, en respuesta a una SSNIP. Si un monopolista hipotético establece precios diferentes a los diferentes grupos de clientes o a clientes situados en lugares diferentes, las agencias deben evaluar las respuestas de la demanda probable de cada uno de esos grupos de compradores. Si un monopolista hipotético pudiera ejercer su poder en el mercado solamente, o particularmente, en las ventas a un grupo específico de clientes o a clientes en ubicaciones particulares, las agencias podrán delinear el mercado de productos relevantes consistente en el uso particular o usos por grupos de clientes de un producto determinado, o el mercado geográfico relevante consiste en ubicaciones particulares de los clientes, para lo cual un monopolista hipotético podría imponer rentablemente y podría imponer de manera rentable, y por separado al menos una SSNIP.

Comentario 2: Al evaluar si un monopolista hipotético puede discriminar el precio al imponer un SSNIP rentable en grupos particulares de clientes o a clientes en determinadas localidades los factores pertinentes incluyen, pero no están limitados a:

- si la discriminación de precios es factible en el mercado de que se trata;
- si un monopolista hipotético podría identificar con éxito las operaciones sujetas a la discriminación de precios exitosa;
- si los consumidores o terceras partes podrían socavar la discriminación de precios a través de alguna forma de arbitraje en el que un producto vendido a precios inferiores a algunos grupos de clientes se revende a los grupos de los cuales otras empresas intentan pagar precios más altos, y;
- si la discriminación de precios podría permitir o mejorar el éxito del ejercicio de poder de mercado frente a los grupos de compradores particulares o clientes en determinadas ubicaciones.

- F. Las agencias deben considerar la posibilidad de sustitución por el lado de la oferta, y si se debe incluir como participantes en el mercado relevante no sólo a todas las empresas que actualmente producen o venden en el mercado relevante, sino también a las empresas que probablemente, en respuesta a una SSNIP en el mercado relevante, podrían producir o vender en el mercado relevante dentro de un breve espacio de tiempo e incurrir en significantes costes hundidos.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: La sustitución por el lado de la oferta se centra en la medida en que, en respuesta a una SSNIP, los proveedores que no producen actualmente o venden el producto relevante probablemente

de manera rentable cambiarían sus instalaciones de producción existentes, en su totalidad o en parte, para producir o vender el producto relevante en el mercado geográfico relevante en un plazo corto de tiempo (ej., dentro de un año), y sin incurrir en importantes costos hundidos de entrada o salida. Las empresas que cumplen estas condiciones son capaces de hacer este tipo de respuesta rápida a la oferta que probablemente tenga influencia en el mercado antes de la concentración económica, y por lo tanto son considerados apropiadamente como participantes del mercado en ambas ocasiones. Algunas agencias consideran a la sustitución por el lado de la oferta como parte de la definición del mercado, mientras que otras agencias la consideran en la identificación de los participantes del mercado. Los mismos resultados analíticos deben aplicarse con independencia del método utilizado.

Comentario 2: Si una empresa tiene activos que pueden ser desplazados o extendidos rápidamente en la producción o venta del producto relevante en el mercado geográfico relevante, no significa necesariamente que (a) la empresa tendría el incentivo para producir o vender el producto relevante, (b) la empresa en su totalidad podría cambiar o ampliar su producción o la venta del producto relevante, y (c) todas las empresas que producen el otro producto lo harían. La pregunta relevante para el análisis no es si una empresa tiene la capacidad de producir o vender el producto relevante, sino se ésta probablemente lo haría al grado que las ventas sean rentables en respuesta a un SSNIP.

Comentario 3: Al determinar el grado de sustitución por el lado de la oferta, los factores relevantes, pero no limitados, son:

- el grado en que la obtención de nuevos activos tangibles o intangibles, o el cambio o ampliación de los activos existentes, para entrar en la producción o venta en el mercado relevante es técnicamente factible;
- el grado en que los clientes estarían dispuestos a cambiar a los productos ofrecidos por la empresa en el mercado relevante;
- el tiempo que se tardaría en entrar en la producción o venta, incluyendo el tiempo necesario para cumplir con todos los requisitos legales o regulatorios aplicables;
- los costos de cambio o entrada en la producción o venta con respecto a la rentabilidad de las ventas a precios elevados; y
- si la capacidad de la empresa se ha comprometido en otro lugar o se emplea de manera rentable en otro lugar haciendo que esa capacidad probablemente no esté disponible para responder a un incremento en el precio en el mercado relevante.

Comentario 4: Las agencias deben evaluar la importancia competitiva de las respuestas de oferta probable que puedan cumplir con los requisitos para la rápida sustitución por el lado de la oferta rápida en su análisis de entrada⁷.

⁷PR para el Análisis de Concentraciones VII aborda el análisis de entrada y expansión.

III. El uso de Participaciones de Mercado: Umbrales y Presunciones.

- A. Las participaciones de mercado y medidas de concentración de mercado juegan un papel importante en el análisis de las concentraciones, pero no son determinantes de los posibles problemas de competencia. Las agencias deben considerar cuidadosamente la definición del mercado y el cálculo de las participaciones de mercado y la concentración del mercado.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)*

Comentario 1: Las participaciones de mercado son un indicador de la importancia competitiva de cada empresa concentrada en el mercado relevante. Proporcionan un indicador de los incentivos de una empresa para coordinar sus acciones con los rivales y su capacidad unilateral para ejercer poder de mercado. La importancia de las participaciones de mercado y las medidas de concentración del mercado es específica del contexto analítico presentado en cada investigación. Éstas no son determinantes de los posibles problemas de competencia en sí mismas, ya que pueden subestimar o sobrestimar la futura importancia competitiva de una empresa o el impacto de la concentración.

Comentario 2: En general, las agencias deben poner mayor atención a la concentración que incrementa significativamente la concentración del mercado más que en las que no la incrementan o la incrementan de manera marginal. Cualquiera que sea el nivel existente de concentración, el cambio en la concentración provocada por una concentración es un indicador útil, aunque imperfecto, de la pérdida de competencia directa entre las partes y de la posibilidad de daño a la competencia.

Comentario 3: Las participaciones de mercado y las medidas de concentración del mercado son útiles en el análisis de concentraciones sólo cuando se basan en el producto adecuadamente definido y en los mercados geográficos. Se requiere especial precaución en los mercados de productos diferenciados, como la definición del mercado es más compleja en estos casos. El cálculo de las participaciones de mercado debería basarse en datos y fuentes fiables e hipótesis de sonido.

Comentario 4: Las participaciones de mercado deben basarse en medidas de peso económico (ej., las ventas, la producción o la capacidad) que sean apropiadas a las circunstancias del mercado. Las participaciones de mercado y las estimaciones de concentración utilizadas para un análisis de las concentraciones deben reflejar la mejor indicación futura importancia competitiva de las empresas. Las características del mercado y los cambios en las condiciones del mercado deben ser considerados en la interpretación de las participaciones de mercado y los datos de concentración económica. Antes de sacar conclusiones sobre las participaciones de mercado y de los datos de concentración, las agencias deben considerar ciertos los cambios inminentes o razonables del mercado, tales como la entrada o salida de una empresa o de la introducción de la capacidad adicional. Para obtener una mejor comprensión de la dinámica competitiva de algunos mercados es relevante analizar los cambios en las participaciones de mercado y la concentración en el tiempo.

- B. Las participaciones de mercado y medidas de concentración de mercado pueden proporcionar una orientación inicial útil para ayudar a identificar a las concentraciones económicas que puedan plantear problemas de competencia que requieren mayor análisis.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)*

Comentario 1: El propósito de la orientación inicial sobre la base de las participaciones de mercado o las medidas de concentración es para ayudar a diferenciar las concentraciones que probablemente no tengan consecuencias anticompetitivas de las que requieren un análisis más detallado. Dicha orientación puede mejorar la predictibilidad y permitir una mejor asignación de los recursos de la agencia.

Comentario 2: La ausencia de altas participaciones de mercado o la concentración posterior ordinariamente apoya la conclusión de que una determinada operación no requiere mayor análisis. De igual forma, una operación que no aumenta significativamente ni la concentración, ni las participaciones de mercado posteriores a la concentración ordinariamente no requiere mayor análisis, ya que las condiciones previas a la concentración son improbables sujetas a ser significativamente alteradas por la concentración. Sin embargo, puede haber excepciones. Por ejemplo, cuando al menos una de las partes de la concentración tiene poder sustancial de mercado, incluso un pequeño aumento en la participación de mercado pueden ser indicativa de posibles problemas de competencia. La evidencia de que la empresa concentrada tendría una participación de mercado elevada, o de que el mercado está altamente concentrado puede ser importante para la decisión de iniciar una investigación en profundidad.

Comentario 3: Muchas agencias identifican umbrales basados en las participaciones de mercado y en los niveles de concentración para dar una orientación inicial en cuanto a la probable necesidad de una investigación en profundidad. Una agencia puede establecer los niveles del umbral de las participaciones de mercado y de medidas de concentración en virtud del cual no se compromete, o en general no es probable que bloquee (totalmente o en parte) una concentración sobre la que probablemente que continúe un análisis en profundidad de los efectos de la concentración sobre la competencia.

- C. La alta concentración de mercado y un aumento significativo en las participaciones de mercado provocados por la concentración son útiles, pero generalmente no son indicadores contundentes de que probablemente ésta dañe a la competencia de manera significativa. Las jurisdicciones que utilizan la concentración de mercado y / o participaciones mercado para presumir daño a la competencia deben asegurar que cualquier presunción pueda ser superada o confirmada por un examen detallado de las condiciones del mercado.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)*

Comentario 1: Las concentraciones que conducen a la elevada participación de mercado de las empresas que se concentran y que dan como resultado aumentos significativos en los niveles de concentración son, en general, las concentraciones probablemente planteen problemas de competencia.

Comentario 2: En algunas jurisdicciones, la elevada participación de mercado o la concentración del mercado da lugar a una presunción de daño a la competencia, mientras que en otros no lo hacen. Cuando las agencias utilizan presunciones de daño a la competencia basadas en las participaciones de mercado o en la concentración del mercado, el proceso de investigación debe tener en cuenta las pruebas que puedan superar o confirmar la presunción. Las agencias deben ser transparentes sobre el

significado y el uso de cualquier presunción, incluidos cualquier estándar cuantitativo utilizado para evaluar las participaciones de mercado o la concentración.

Comentario 3: Las agencias no deben tomar decisiones de aplicación de la ley para prevenir o remediar una concentración sobre la base única de las participaciones de mercado y la concentración. Por lo tanto, las agencias no deben llegar de forma automática a una conclusión definitiva respecto de que una concentración probablemente sea anticompetitiva, porque la concentración aumenta la concentración por encima de un cierto nivel o reduce el número de empresas que quedan por debajo de un cierto nivel. Un análisis detallado de otros factores del mercado y de las teorías de los efectos unilaterales y/o coordinados siempre se debe ser requerido antes de sacar conclusiones definitivas acerca de los efectos competitivos probables de una concentración.

**IV. Análisis de los efectos competitivos en la revisión de concentraciones horizontales:
Información general**

- A. El objetivo del análisis de los efectos competitivos en la revisión de las concentraciones horizontales es evaluar si una concentración puede perjudicar a la competencia de manera significativa mediante la creación o mejora de la capacidad o los incentivos de la empresa concentrada ejercer poder de mercado, ya sea unilateralmente o en coordinación con los rivales.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Las agencias deben conducir análisis de los efectos competitivos en la revisión de concentraciones para identificar las concentraciones que pueden dañar significativamente la competencia al crear o mejorar el poder de mercado. Cuando es ejercido por los vendedores, el poder de mercado tiene la capacidad de aumentar los precios por encima de los niveles competitivos durante un período significativo de tiempo, y/o para disminuir la competencia en parámetros distintos al precio, como la calidad, el servicio, o la innovación. En algunos casos, el poder de mercado puede ser ejercido por los compradores. En tal caso, el poder de mercado consiste en la habilidad rentable de reducir el precio pagado por los proveedores por debajo del nivel competitivo por un periodo de tiempo significativo, lo que puede llevar en algunos casos a una reducción anticompetitiva de la producción del proveedor.

Comentario 2: Las agencias generalmente deben conducir el análisis de los efectos competitivos en el contexto de mercados de productos y mercados geográficos apropiadamente definidos. Sin embargo, la definición de mercado no es un fin pero es una herramienta para determinar si la concentración creará o mejorará el poder de mercado. En algunos casos, la evidencia de los efectos competitivos, tales como efectos en los precios a raíz de una concentración consumada bajo investigación o una concentración previa en el sector, puede informar al análisis de los mercados relevantes apropiados.

Comentario 3: Las agencias que llevan a cabo el análisis de efectos competitivos deben llevar a cabo una investigación enfocada en el futuro sobre una comparación de la situación prevista de la competencia en el (los) mercado(s) relevante(s) con y sin la concentración. La evaluación por parte de la agencia sobre la competencia sin la concentración (a veces denominada "contra factual") debe ser informada no sólo por las condiciones existentes de la competencia, sino por los cambios significativos en el estado de la competencia que puede ocurrir sin la concentración.

Comentario 4: Aunque los cambios en la participación de mercado o la concentración del mercado son indicadores útiles de posibles problemas de competencia, el análisis de efectos competitivos implica una evaluación integral de las condiciones de mercado, y proporciona a las agencias un medio más fiable para evaluar el daño potencial a la competencia más que los cambios en la participación de mercado o la concentración del mercado por sí solo.

- B. Al conducir el análisis de los efectos competitivos, las agencias deben considerar si una concentración dará lugar a efectos anticompetitivos unilaterales o coordinados. Estas dos teorías de daño competitivo proporcionan los marcos de análisis para determinar si se puede esperar que una concentración horizontal dañe a la competencia de manera significativa.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Los efectos unilaterales, también conocidos como efectos no coordinados, surgen cuando, como resultado de una concentración, la empresa concentrada, sin ningún tipo de coordinación con los rivales, pueda ejercer de manera rentable el poder de mercado en un grado materialmente mayor de lo que hubiera sido posible para cualquiera de las empresas concentradas antes de la concentración.

Comentario 2: Los efectos coordinados surgen cuando, como resultado de una concentración, es probable que las empresas que permanecen en el mercado después de la concentración puedan coordinar (tácita o explícitamente) su comportamiento o reforzar la coordinación existente con el fin de ejercer poder de mercado.

Comentario 3: Los efectos unilaterales y los efectos coordinados son marcos analíticos amplios designados para abarcar toda la gama de efectos contrarios a la competencia que puedan derivarse de las concentraciones horizontales. Mientras que los efectos anticompetitivos de la concentración en un mercado específico se caracterizan mejor como unilaterales o coordinados, una concentración puede dar lugar tanto a efectos unilaterales o coordinados.

- C. El análisis de los efectos competitivos bajo el marco de los efectos unilaterales o coordinados deberá estar claramente fundamentados en un análisis económico sólido, como en los hechos del caso en particular.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Las teorías y los modelos económicos son útiles para analizar los efectos competitivos bajo los efectos unilaterales y coordinados, pero sólo en la medida en que la teoría o modelo utilizado para evaluar los efectos competitivos de la concentración se base en principios económicos sólidos y robustos y se ajusta a las condiciones fácticas del mercado al que se aplica.

Comentario 2: El análisis de los efectos competitivos depende grandemente de las circunstancias concretas de cada caso. Al llevar a cabo el análisis de efectos competitivos las agencias deben refinar sus teorías o modelos de daño competitivo probable teniendo en cuenta la evidencia cualitativa y cuantitativa disponible. La evidencia cualitativa comúnmente proviene de documentos u observaciones de primera mano de la industria por los clientes o de otros participantes en el mercado. La evidencia cuantitativa a menudo se deriva de un análisis estadístico de precio, cantidad u otros datos relacionados a entre otros temas, los acontecimientos del mercado anterior (a veces llamados "experimentos naturales") que implican respuestas a los acontecimientos anteriores, como la entrada o salida de sus rivales. El análisis de los efectos competitivos debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse en el tiempo a la evolución mercados, las prácticas comerciales y el aprendizaje económico.

V. Efectos Unilaterales

- A. **Al analizar el potencial de las concentraciones horizontales de resultar en efectos anticompetitivos unilaterales, las agencias deben analizar si la concentración puede dañar la competencia de manera significativa mediante la creación o mejora de la capacidad o los incentivos de la empresa concentrada para ejercer el poder de mercado de forma independiente.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Las concentraciones horizontales eliminan cualquier presión competitiva que las partes de la concentración anteriormente ejercida entre ellos. En la mayoría de las concentraciones, esto no tiene un efecto adverso significativo en la competencia porque hay otras competitivas suficientes sobre la empresa resultante de la concentración. En algunos casos, la eliminación de la competencia entre las partes de la concentración puede crear o mejorar la capacidad de la empresa concentrada de forma independiente para ejercer poder de mercado, en función de las condiciones del mercado, incluyendo la existencia y eficacia de otros asuntos competitivos.

Comentario 2: Las agencias que conducen el análisis de los efectos unilaterales no solo deben observar las participaciones de mercado y las concentraciones del mercado, sino que también deben examinar las características específicas del mercado que afectan la capacidad de la empresa concentrada de ejercer poder de mercado. Mientras que las participaciones de mercado son un indicador útil del potencial que tienen las empresas concentradas para ejercer poder de mercado unilateral, las participaciones de mercado por sí solas pueden exagerar o subestimar el potencial de una concentración para dar lugar a efectos anticompetitivos unilaterales. Las presiones competitivas pueden impedir el ejercicio de poder de mercado, incluso por empresas con participaciones de mercado elevadas. Por otro lado, incluso los pequeños cambios en la participación de mercado en algunas circunstancias pueden aumentar la capacidad o los incentivos de una empresa para ejercer poder de mercado.

- B. **Al conducir un análisis de efectos unilaterales, las agencias deben aplicar la teoría o modelo económico que mejor se ajuste a las características del (los) mercado(s) relevante(s).**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Las concentraciones pueden aumentar la probabilidad del ejercicio de poder de mercado unilateral en una variedad de entornos. Hay una serie de teorías y modelos de efectos unilaterales en la literatura económica que abordan los efectos competitivos en los entornos factuales concretos. Mientras que el modelo o teoría específica utilizada variará dependiendo de las características del mercado, todos están diseñados para evaluar si existe algún aumento sustancial en el poder de mercado unilateral como consecuencia de la concentración. Las teorías y modelos comunes incluyen, pero no se limitan a:

- *Concentración de monopolio:* Una concentración que combine los dos únicos rivales en un mercado definido adecuadamente plantea un alto riesgo de efectos anticompetitivos unilaterales significativos. En el examen de una concentración que combina los dos únicos rivales en un mercado relevante, las agencias deben evaluar si existen obstáculos a la

competencia, tales como la facilidad de entrada, que impida el ejercicio unilateral del poder de mercado de la empresa concentrada.

- *Concentración de competidores en mercados de productos diferenciados:* Una concentración que combine proveedores competidores en productos diferenciados puede aumentar la posibilidad de efectos unilaterales contrarios a la competencia significativos si una proporción suficiente de los consumidores ve a los productos combinados de la concentración como su primera y segunda opción (o sustitutos más cercanos). Fuentes utilizadas habitualmente para obtener evidencias sobre el grado de sustitución entre los productos diferenciados incluyen encuestas de mercado, análisis de los patrones de compra, la elasticidad cruzada de precios, y la información contenida en el curso normal de los documentos comerciales de los participantes del mercado. Las agencias deben evaluar si la concentración permitiría a la empresa concentrada aumentar el precio de uno o varios productos después de la concentración, o si suficientes clientes cambiarían a productos de otros competidores a fin de hacer un incremento de los precios no rentable para la empresa concentrada. Las agencias también deben considerar si los vendedores rivales probablemente reemplazarán cualquier pérdida de competencia mediante el reposicionamiento o la ampliación de sus líneas de productos para competir más de cerca con la empresa concentrada.
- *Concentración de los competidores en los mercados de productos no diferenciados:* En el examen de una concentración que combina proveedores que compiten con productos no diferenciados en los mercados en que las empresas se distinguen principalmente por la capacidad, las agencias deben considerar si a la empresa concentrada le resultaría rentable para elevar los precios mediante la reducción de la producción por debajo de la nivel que habría prevalecido en ausencia de la concentración. El ejercicio del poder de mercado en dichos mercados puede ocurrir solo si los competidores de la empresa concentrada probablemente no respondan a la subida de precios y la reducción de la producción en la empresa concentrada con aumentos en sus propias salidas suficientes en su conjunto para que la acción unilateral de la empresa concentrada no sea rentable. Esto puede ocurrir si las empresas no concentradas se enfrentan a las limitaciones de capacidad que no podrían relajar económicamente en el momento oportuno, o si el exceso de capacidad existente es significativamente más costoso de operar que la capacidad actualmente en uso. En tales casos, los competidores podrían considerar más rentable subir el precio que ampliar la producción, dando lugar a efectos anticompetitivos unilaterales adicionales.
- *Concentración de rivales en mercados de licitación o subasta:* una concentración que combinaría los postores rivales en los mercados de licitación o subasta puede aumentar la posibilidad de efectos anticompetitivos unilaterales significativos. Hay una gran variedad de modelos en la literatura económica frente a una amplia gama de formatos de oferta y subastas relacionadas con productos tanto diferenciados e indiferenciados. Por ejemplo, algunos modelos se centran en si la concentración combina a los dos más cercanos competidores de menor costo o sólo a los competidores más cercanos. Otros modelos se centran en si la concentración daría lugar a una reducción de forma competitiva significativa en el número de oferentes. Las agencias deben determinar el modelo apropiado dependiendo de las circunstancias del mercado, y cada oferta o subastas con base en sus propios hechos.

Comentario 2: La simulación de concentraciones y otros modelos económicos formales pueden ser herramientas útiles en el análisis de los efectos unilaterales. Para ser útil, el modelo particular utilizado debería basarse en sólidos y robustos principios económicos, adaptarse a las circunstancias del mercado, y deberían existir datos adecuados para calibrar el modelo. El ajuste de un modelo debe basarse en la totalidad de las pruebas.

C. Al conducir un análisis de efectos unilaterales, las agencias deben evaluar las presiones competitivas y otros factores relevantes en la habilidad de la empresa concentrada para ejercer poder de mercado en el (los) mercado(s) relevante(s).

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Al evaluar el impacto de la concentración en la capacidad de la empresa concentrada de ejercer poder de mercado, las agencias deben basarse en toda la evidencia disponible, sobre todo en la evidencia creada en el curso ordinario de los negocios. Las fuentes comunes de evidencia incluyen documentos, información, evidencia cuantitativa y análisis económico de las partes concentradas, clientes, competidores y otras terceras partes; afirmaciones, declaraciones y testimonios de los representantes de las partes de la concentración y otros participantes de la industria; y, en general los estudios, informes y datos de mercado de la industria si están disponibles.

Comentario 2: Las agencias deben evaluar si las presiones competitivas o condiciones de otros mercados que permanecerán en el mercado después de la concentración son las adecuadas para evitar la creación o el fortalecimiento del poder de mercado unilateral. Los factores que generalmente son relevantes al evaluar la probabilidad de un ejercicio unilateral del poder de mercado como resultado de una concentración incluye, pero no se limita a:

- *Disponibilidad y capacidad de respuesta de los proveedores alternativos:* Si los proveedores alternos (ofreciendo alternativas adecuadas y con suficiente capacidad disponible) permanecen después de la concentración, y un número significativo de clientes están dispuestos y son capaces de recurrir a estos proveedores alternativos en el caso de un aumento en el precio anticompetitivo, la amenaza de la pérdida de estos clientes puede ser suficiente para disuadir del ejercicio de poder de mercado de la empresa concentrada.
- *Entrada, reposicionamiento y expansión:* La perspectiva de la entrada de nuevos competidores, o expansión o reposicionamiento de competidores existentes, puede ser suficiente en el tiempo, alcance, y probabilidad para disuadir o impedir cualquier intento por parte de la empresa concentrada de ejercer poder de mercado⁸. Sin embargo, en algunos casos una concentración puede reducir el potencial de entrada, expansión o reposicionamiento para actuar como una presión competitiva en contra del ejercicio de poder de mercado.
- *Poder de compra:* En algunas circunstancias, los clientes pueden tener el incentivo y habilidad para impedir el ejercicio del poder de mercado a través de su poder de negociación frente al vendedor por su tamaño, importancia comercial para el vendedor, o la capacidad de cambiar a fuentes alternativas de suministro. Los clientes también pueden tener la capacidad de estimular o patrocinar la entrada o expansión de la competencia, o para producir el producto relevante sí mismos. En tales casos, incluso las empresas con una participación de mercado muy elevada no podrían estar en condiciones de ejercer un poder de mercado tras la concentración. Para prevenir los efectos anticompetitivos significativos, el poder de compra debe limitar el ejercicio de poder de mercado en el mercado y no sólo proteger a ciertos clientes individuales.

⁸PR para el análisis de concentraciones VII aborda el análisis de la entrada y expansión.

- *Eficiencias*: Las agencias deben evaluar cuidadosamente cualquier argumento sustentado presentado por las partes de la concentración sobre la generación de eficiencias suficientes de la propia concentración para prevenir o mitigar los efectos unilaterales contrarios a la competencia. Por ejemplo, las reducciones de costos pueden reducir el incentivo de una empresa concentrada para subir los precios. Las eficiencias también pueden resultar beneficiosas en forma de productos nuevos o mejorados, incluso cuando el precio no es inmediata y directamente afectado. Las agencias deben considerar el impacto de las eficiencias argumentadas que probablemente no se lograrían en la ausencia de la capacidad y los incentivos para competir de la empresa concentrada, y si tales eficiencias pueden conservar o intensificar la competencia, beneficiando así a los consumidores.

VI. Efectos Coordinados

- A. En el análisis del potencial de una concentración horizontal para resultar en efectos coordinados, las agencias deben evaluar si la concentración aumenta la probabilidad de que las empresas en el mercado coordinarán con éxito su comportamiento o reforzarán la coordinación existente de una manera que perjudiquen a la competencia de manera significativa.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Para identificar las concentraciones que mejoran sustancialmente la probabilidad de coordinación o fortalecen la coordinación existente, las agencias deben: (a) evaluar si las condiciones del mercado son propicias para la coordinación en el (los) mercado(s) relevante(s) afectado(s) por la concentración; y (b) analizar específicamente si y cómo la concentración afectaría a las condiciones del mercado y la capacidad o los incentivos que hacen la coordinación más probable tras la concentración de las empresas.

Comentario 2: El hecho de que un mercado tenga condiciones propicias para la coordinación en sí mismo no es suficiente para concluir que una concentración podría reforzar o mejorar la coordinación. Las agencias también deben ser capaces de determinar si la concentración hará más fácil o más probable la coordinación, considerando las características específicas del mercado que afectan la capacidad y los incentivos para ejercer poder de mercado en coordinación con los rivales de la empresa concentrada.

Comentario 3: Los cambios en la concentración del mercado y en las participaciones de mercado son factores relevantes, pero no determinantes, al evaluar si la concentración podría reforzar o mejorar la interacción coordinada. Las agencias deben enfocarse en si la concentración alterará sustancialmente la capacidad o los incentivos de las empresas para lograr y mantener la coordinación. La examinación del papel que cada competidor juega en la dinámica competitiva del mercado puede ayudar a determinar cómo la concentración puede impactar en la posible coordinación después de la concentración.

- B. Al conducir el análisis de los efectos coordinados, las agencias deben evaluar si las condiciones que generalmente son necesarias para el éxito de la coordinación están presentes: (a) la capacidad para identificar términos de coordinación, (b) la capacidad para detectar las desviaciones de los términos de la coordinación y (c) la capacidad de sancionar las desviaciones que pudieran socavar la interacción coordinada.**

*Comentarios del Grupo de Trabajo
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: El comportamiento coordinado puede tomar muchas formas: puede ser tácito o explícito y puede o no ser legal en sí mismo. En algunos mercados, las empresas coordinan su comportamiento en los precios para mantenerlos por encima del nivel competitivo. En otros mercados, la coordinación de las empresas puede estar destinada a limitar la producción o la cantidad de nueva capacidad introducida en el mercado. Las empresas también se pueden coordinar dividiendo el mercado, por áreas geográficas u otras características de los clientes o mediante la asignación de contratos en mercados de licitación.

Comentario 2: Para coordinarse, las empresas necesitan lograr un entendimiento en cuánto y cómo hacerlo. Esta necesidad no implica acuerdos explícitos entre competidores, o cualquier comunicación entre ellos, ni necesita involucrar a todas las empresas o la perfecta coordinación entre las empresas. Las agencias deben evaluar si es probable que los participantes puedan lograr términos de coordinación que sean suficientemente exitosos para dar lugar a un daño significativo a la competencia. Al evaluar las condiciones de mercado que conduzcan al alcance de términos de la coordinación, los factores importantes incluyen, pero no se limitan a:

- El número de empresas en el mercado, ya que es más fácil coordinarse con pocos competidores que muchos;
- La existencia de las órdenes regulares y frecuentes, que hacen más fácil para coordinar y para detectar las desviaciones de los términos de la coordinación;
- La homogeneidad de los productos, ya que es más fácil coordinar en términos tales como precio cuando productos competidores son sustancialmente iguales;
- La homogeneidad de las empresas, especialmente en términos de simetría de las participaciones de mercado, la similitud de las estructuras de costos, niveles de integración vertical, y el impacto que esta homogeneidad puede tener sobre su capacidad o los incentivos para coordinar;
- El grado de transparencia de la información importante que podría proporcionar un punto focal para la coordinación, como la relativa a los precios, la producción, la capacidad, los clientes servidos, los territorios servidos, descuentos, introducción de nuevos productos, etc.;
- Participaciones cruzadas y otros enlaces que pueden hacer que sea más fácil para los competidores intercambiar información en los términos de la coordinación, y pueden reducir sus incentivos para competir, y,
- Otras condiciones de mercado: por ejemplo, es más fácil acordar el precio cuando las condiciones de oferta y demanda son relativamente estables que cuando están cambiando con frecuencia (ej., debido a la facilidad de entrada rápida de nuevas empresas o, innovaciones de producto significativas).

Comentario 3: Las empresas pueden ser capaces de identificar los términos de la coordinación inclusive en los mercados con productos o términos de intercambio complejos. Por ejemplo, en un mercado con muchos productos diferenciados, las empresas deben ser capaces de coordinar los precios mediante el establecimiento de reglas de precios simples que reducen la complejidad de la coordinación de un gran número de los precios o para coordinar en términos distintos a los precios. Además, la coordinación no necesariamente se logra en todas las dimensiones de la competencia.

Comentario 4: Si bien la coordinación puede estar en el interés colectivo de los participantes, generalmente es en el interés individual de una empresa apartarse de los términos de la coordinación con el fin de tomar ventaja de la oportunidad de lucro creada cuando otras empresas aumentan sus precios o de otra manera coordinan su comportamiento. Para que la coordinación se mantenga, los participantes deben tener la capacidad de detectar y responder a las desviaciones de los términos de la coordinación. Las agencias deben evaluar el grado en que las empresas tendrían la capacidad de monitorear los términos importantes de coordinación y para detectar desviaciones de los términos de la coordinación en el momento oportuno. Al evaluar la probabilidad y oportunidad para la detección de desviaciones del comportamiento coordinado, factores importantes incluyen, pero no están limitados a:

- El grado de transparencia de la información necesaria para verificar el cumplimiento por parte de otras empresas con los términos de coordinación, tales como la información relativa a los

precios de otras empresas, los niveles de producción, o de transacciones individuales. Por ejemplo, si los pedidos de los productos relevantes son regulares, tanto en términos de frecuencia y tamaño, puede ser difícil para una empresa desviarse (al aumentar su producción) sin ser detectado. Además, si hay poca fluctuación en la demanda o los costos, las desviaciones pueden ser más fáciles de detectar. Por otro lado, si los pedidos de los productos relevantes son poco frecuentes y grandes, las empresas pueden tener un mayor incentivo para desviarse para asegurar los pedidos y la amenaza de un castigo más tarde no puede servir como un medio eficaz de disuasión.

- El grado en que la homogeneidad o heterogeneidad de los productos y las empresas pueden hacer monitoreo del cumplimiento de los términos de la coordinación y la detección de las desviaciones más o menos difícil.

Comentario 5: Con el fin de disuadir a las desviaciones de los términos de la coordinación, las empresas deben tener la capacidad de sancionar las desviaciones de una manera que asegure que las empresas que se coordinan les resulta más rentable cumplir con los términos de la coordinación que su desvío, dado el costo de represalias. El castigo puede tomar varias formas, incluido el abandono temporal de las condiciones de la coordinación de otras empresas en el mercado. Al evaluar si habrá un castigo lo suficientemente creíble y grave cuando se detecta una desviación por una de las empresas, se incluyen importantes factores, pero no están limitados a:

- La eficacia del propio mecanismo de disuasión: por ejemplo, la amenaza de la expansión de la producción para castigar a una empresa por su desviación no puede ser creíble o eficaz si las empresas coordinadas tienen poco o ningún exceso de capacidad;
- La velocidad con la que el mecanismo de disuasión se puede implementar, dadas las represalias que se manifiesta con un desfase significativo, es menos probable que sea suficiente para compensar las ventajas de la desviación; y
- Los costos de implementar el mecanismo de disuasión comparado con los beneficios de la coordinación a largo plazo.

Otros factores, como la presencia de las mismas empresas en varios mercados (algunas veces llamado “contactos multimercado”), también puede ser de relevancia para determinar la probabilidad de un castigo lo suficientemente creíble y severo.

- C. Al llevar a cabo análisis de efectos coordinados, las agencias deben evaluar el grado en que las presiones competitivas existentes y otros factores probablemente impedirán o interrumpirán una coordinación eficaz. Al realizar esta evaluación, las agencias deben considerar todas las pruebas disponibles, incluyendo las condiciones del mercado antes de la concentración que pueden facilitar o limitar el éxito de la coordinación y el impacto de la concentración en estas condiciones.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2009)*

Comentario 1: Las agencias deben evaluar si las presiones competitivas u otras condiciones de mercado que permanecerá en el mercado tras la concentración son adecuados para prevenir la creación o mejora de las interacciones coordinadas. Los factores que generalmente son relevantes al realizar esta evaluación incluyen, pero no se limitan a:

- *Coordinaciones pasadas/comportamiento de las empresas*: En la evaluación de la probabilidad de efectos coordinados, las agencias deben tener en cuenta la información sobre las características anteriores a la concentración en los mercados afectados, incluido el comportamiento pasado de las empresas. La evidencia de coordinaciones pasadas es importante y puede servir como una fuerte evidencia de que las tres condiciones para la coordinación exitosa están presentes si las características del mercado relevante no han cambiado de forma apreciable o no son propensos a hacerlo en un futuro próximo.
- *Entrada o expansión*: Las agencias deben considerar las acciones de los competidores que no se esperaba que participaran en la coordinación (“competidores no coordinados”) y competidores potenciales, que puede ser suficiente en el tiempo, el alcance, y la probabilidad de poner en peligro los resultados esperados de la coordinación⁹. Por ejemplo, la existencia de competidores no coordinados con la habilidad de expandir la capacidad de tomar las ventas de empresas coordinadas puede disuadir o interrumpir la coordinación. Por lo tanto, las agencias deben considerar la existencia y la importancia de las barreras a la entrada y expansión en el (los) mercado(s) relevante(s) ya que las barreras de entrada al mercado y la expansión pueden hacer que la coordinación exitosa improbable o imposible.
- *Empresa “maverick”*: La coordinación también puede ser difícil de sostener en la presencia de una empresa de “maverick” una empresa con una estrategia competitiva diferente y un mayor incentivo económico que sus rivales para desviar las condiciones de la coordinación. Se necesita un cuidado especial en las concentraciones que implican la adquisición de un “maverick” porque en algunas circunstancias esas concentraciones pueden eliminar una presión importante a la coordinación eficaz y hacer a la interacción coordinada más probable, más exitosa, o más completa.
- *Poder de mercado*: Las agencias deben considerar si las acciones o características de los consumidores afectan la probabilidad de éxito de la coordinación. En algunas circunstancias, los compradores pueden ser capaces de debilitar el comportamiento coordinado, por ejemplo, mediante el patrocinio de la entrada o expansión. Cuando los grandes compradores probablemente se dediquen a la contratación de largo plazo, tal que las ventas objeto de esos contratos serían grandes en relación con la producción total de una empresa, las empresas pueden tener un mayor incentivo para desviarse de las condiciones de la coordinación.
- *Eficiencias*: Las agencias deben evaluar cuidadosamente cualquier argumento presentado por las partes de la concentración respecto a que la concentración genera eficiencias suficientes para prevenir o mitigar los efectos coordinados de la concentración. Por ejemplo, la reducción de costos puede aumentar los incentivos de una empresa concentrada para bajar los precios, reduciendo así los incentivos para coordinarse. Las eficiencias también pueden resultar beneficiosa en la forma de un producto nuevo o mejorado que podría socavar la coordinación. Las agencias deben considerar el impacto de las eficiencias argumentadas que son poco probables de alcanzarse en la ausencia de la concentración respecto de los incentivos de empresa concentrada para coordinarse.

Comentario 2: En la evaluación de las condiciones de mercado que favorezca la coordinación, las autoridades de competencia deben tener en cuenta que ningún factor o grupo de factores es siempre determinante.

⁹PR en el análisis de la concentración VII aborda el análisis de entrada y expansión.

VII. Entrada y Expansión

- A. La evaluación de entrada y/o expansión de las empresas por los competidores existentes debería ser una parte integral del análisis de si una concentración es probable que dañe la competencia de forma significativa (ej., la empresa concentrada podría elevar los precios o reducir la producción, la calidad o la innovación).**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)

Comentario 1: La entrada, o la amenaza de entrada de competidores potenciales o de que los clientes recurren a la oferta por ellos mismos, puede ser una importante presión competitiva sobre la conducta de la empresa concentrada. Si la empresa concentrada está sujeta a presiones competitivas por la amenaza de entrada en el mercado (ej., si las barreras de entrada son bajas y la entrada es probable que sea rentable a precios previa a la concentración), es poco probable que la concentración tenga efectos anticompetitivos.

Comentario 2: La capacidad de las empresas rivales para aumentar su capacidad en el momento oportuno, o utilizar la capacidad de reserva existente, o la capacidad de cambiar de un uso a otro, también puede constituir una importante presión competitiva sobre la conducta de la empresa concentrada (estas respuestas corto plazo a la oferta también pueden ser evaluadas en el contexto de la definición del mercado). Muchos de los factores que se utilizan para evaluar la entrada son relevantes para el análisis de la expansión, incluyendo los planes de expansión de la competencia, las barreras a la expansión y la rentabilidad de la expansión.

Comentario 3: Las agencias de competencia deben considerar si la entrada y/o expansión podría disuadir o contrarrestar los probables efectos anticompetitivos de una concentración. Las agencias de competencia deben centrarse en la entrada y/o expansión que se produciría como consecuencia de la situación competitiva tras la concentración, así como la entrada y expansión que es probable que tenga lugar de manera independiente a la concentración.

- B. Al evaluar si la entrada y/o expansión limitaría la empresa resultante de la concentración, las agencias de competencia deben considerar si la entrada y / o expansión serían los siguientes: (a) es probable, (b) a tiempo, y (c) que sea suficiente en la naturaleza, escala y alcance.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2008)

Comentario 1: Para que la entrada y/o expansión sea probable, debe ser rentable para los competidores de la empresa concentrada ampliar la producción y/o para los posibles participantes entrar en el mercado en respuesta a un intento por parte de la empresa concentrada para aprovechar el potencial de reducción de la competencia provocada por la concentración (ej., un aumento de precios tras la concentración). En la evaluación de la *probabilidad* de entrada, las autoridades de competencia también deben establecer, si es posible, la historia de la entrada y/o salida del relevante mediante el uso de la evidencia disponible, incluyendo información sobre las empresas que han entrado recientemente o hubieran salido al mercado, información sobre el pasado y el crecimiento esperado del mercado, pruebas de entrada y / o ampliación prevista, la observación directa de los costos, los riesgos y beneficios asociados con la entrada y la información de las empresas identificadas como competidores potenciales.

Comentario 2: En la evaluación de la probabilidad de entrada y/o expansión, las agencias de competencia deben tener en cuenta la existencia y la importancia de las barreras a la entrada y expansión en el mercado relevante (es decir, las ventajas de que gozan las empresas establecidas en los entrantes potenciales que pueden prevenir o retrasar nuevas empresas de entrar en el mercado). Al evaluar la facilidad de entrada, las agencias deben centrarse en si los competidores potenciales considerarían una entrada rentable a la luz de factores, incluyendo pero no limitado a:

- economías de alcance y / o escala, la disponibilidad de un recurso escaso que es un insumo esencial, capacidad técnica o de derechos de propiedad intelectual;
- la reputación de las empresas existentes, la inversión de los operadores tradicionales en la capacidad excesiva, o las disposiciones de duración, terminación y renovación de los contratos existentes;
- regulaciones gubernamentales que podrían, por ejemplo,, limitar el número de participantes en el mercado o imponer costos sustanciales de aprobación regulatoria; y
- costos que no pudieron ser recuperados si el participante dejó el mercado, que incluyen máquinas que pueden ser específicos o de I&D que aún no ha dado lugar a una invención comercializable o la innovación.

Comentario 3: Al evaluar si la entrada y/o expansión es *oportuna*, las agencias de competencia deben considerar si la entrada y/o la expansión se llevará a cabo en un plazo razonable de tiempo después de la concentración (muchas jurisdicciones consideran que la entrada debe tener un impacto sobre la competencia dentro de los dos años para tener un efecto suficientemente disciplinario). El horizonte de tiempo apropiado puede variar de acuerdo a las características del mercado relevante.

Comentario 4: Para que la entrada y/o expansión sea *suficiente*, las autoridades de competencia deben considerar si la entrada y/o expansión sería:

- suficiente en escala para competir eficazmente con la empresa resultante de la concentración;
- capaz de contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos específicos resultantes de la concentración; y
- capaz de contrarrestar los efectos localizados de la concentración (ej., en los mercados diferenciados por áreas geográficas o categorías de clientes).

VIII. Empresa en quiebra/Activos de salida.

- A. Una concentración no es susceptible de crear o aumentar el poder de mercado si es probable que quiebre una de las partes de la concentración y sus activos son propensos a salir del mercado en un futuro inminente. En los casos en que las partes de la concentración afirman que una concentración puede dañar la competencia debido a que una de las empresas que se concentran está quebrando, las agencias deben evaluar cuidadosamente el contra factual apropiado para analizar los efectos competitivos de la concentración.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: Las agencias deben revisar cuidadosamente las afirmaciones de las partes de la concentración respecto de que la concentración no dañará la competencia debido a que la empresa adquirida y sus activos habrían salido del mercado en ausencia de la concentración. En tales casos, la base para concluir que la concentración no dañará la competencia es que la competencia de una empresa en quiebra se perdería incluso sin la concentración y, en consecuencia, la situación de la competencia tras la concentración puede ser peor que el contra factual, es decir, la situación de la competencia en ausencia de la concentración. En los casos en que una de las partes de la concentración es una empresa presuntamente en quiebra, las agencias deben evaluar cuidadosamente si existe una relación de causalidad entre la concentración y un empeoramiento de las condiciones de la competencia, o si la estructura competitiva del mercado se deterioraría por lo menos en la misma medida incluso sin la concentración.

Comentario 2: Las agencias deben considerar cuidadosamente las implicaciones de una empresa presuntamente en quiebra en el contexto del análisis contra factual. En este sentido, las agencias deben ser conscientes de que podría haber más de un escenario contra factual pertinente (ej., los activos de la empresa en quiebra salen del mercado o se compran por un competidor menos competitivo o uno nuevo potencial). En consecuencia, la elección de la hipótesis apropiada podría ser un ejercicio complejo. Además, gran parte de la evidencia de la salida de la empresa presuntamente en quiebra está en manos de las partes de la concentración que puedan insistir en los argumentos de quiebra de la empresa aun cuando los activos productivos no, saldrían al mercado relevante, en cuyo caso el fallo y salida de la empresa no es el contra factual apropiado.

Comentario 3: En muchos casos, una concentración que implica una empresa en quiebra no plantea problemas de competencia porque hay una presión competitiva suficiente que permanece en el mercado para prevenir un daño significativo a la competencia, independientemente de si la empresa va a fallar y sus activos van a salir del mercado en el futuro inminente. Cuando no hay problemas de competencia, las agencias no toman en cuenta si se han establecido las condiciones de una empresa en quiebra.

- B. Al evaluar los argumentos de que una concentración no dañará la competencia debido a una de las partes de la concentración está quebrando, las agencias deben determinar si: (a) la empresa no pueda cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro inminente, (b) no habría ninguna perspectiva seria de reorganización de la empresa, (c) no habría resultado alternativo menos anticompetitivo creíble que la de que se trate, y (d) la empresa y sus activos saldrían del mercado en el futuro inminente en ausencia de la concentración.**

Comentario 1: En algunas jurisdicciones, la consideración de si una empresa está quebrándose incluye como parte del análisis de los efectos competitivos (ej., como parte de la hipótesis), mientras que en otras jurisdicciones el fracaso inminente de la empresa es una defensa formal de la concentración que sería de otra manera anticompetitiva. Además, algunas agencias pueden requerir una norma más exigente de la prueba y algunos pueden colocar la carga de la prueba sobre las partes de la concentración a efecto de establecer las condiciones para una empresa en quiebra, pero un análisis sustantivo similar se aplica independientemente del método utilizado.

Comentario 2: Cuando se suscite un argumento de empresa en quiebra, las agencias deben revisar cuidadosamente si la empresa en cuestión está realmente quebrando. Muchas empresas, a pesar de las dificultades temporales, son capaces de sobrevivir y seguir compitiendo. El hecho de que una empresa no haya sido rentable no significa necesariamente que se trata de una "empresa en quiebra", ya que los resultados contables no reflejan necesariamente las verdaderas pérdidas económicas debidas a las operaciones en curso, es decir, su capacidad fundamental para competir con eficacia en el futuro. Por ejemplo, una empresa con una deuda sustancial puede ser capaz de salir de su apuro financiero como un competidor efectivo a través de una nueva estrategia de negocios o una nueva gestión porque posee activos valiosos.

Comentario 3: Para evaluar si la empresa es incapaz de cumplir con sus obligaciones financieras, las agencias deberían exigir a las partes de la concentración que proporcionen información financiera actual e histórica sobre el negocio que se argumenta están fallando. Esta información puede incluir pérdidas y ganancias e información sobre flujos de efectivo, balances recientes y análisis de las cuentas estatutarias más recientes, el momento y la naturaleza de las obligaciones financieras de la empresa, la relación entre los costos de la empresa y sus ingresos, la capacidad probable de la firma para obtener nuevos ingresos o nuevos clientes, así como la disponibilidad actual y futura de los insumos clave. Las agencias deben considerar si el curso ordinario de los documentos de la empresa indica un fracaso financiero inminente, o si las reclamaciones de fracaso parecen exageradas para justificar la concentración. La información financiera prospectiva que también se debe solicitar incluye información de los pronósticos para el año en curso, de ser posible las previsiones producidas ya sea antes de la transacción propuesta o para otro propósito y no producidas exclusivamente para la agencia. En la mayoría de los casos, las agencias deben buscar la ayuda (en la empresa o proveedores subcontratados) de experiencia financiera y contable.

Comentario 4: Para evaluar si la empresa en quiebra no puede reorganizarse con éxito, las agencias deberán exigir a las empresas que se concentran demostrar que ellas no tienen la reestructuración empresarial razonable u opciones de refinanciación, ya que incluso las empresas bajo el esquema de administración¹⁰ generalmente sobreviven y se recuperan. Tal evidencia podría venir de documentos del Consejo u otros documentos estratégicos elaborados por la empresa al considerar diferentes

¹⁰ El término esquema de "Administración" se utiliza aquí como forma abreviada de los diversos procedimientos de quiebra utilizados en las jurisdicciones del ICN por lo que una empresa con dificultades financieras se considera insolvente y su propiedad es vendida o liquidada, o se reestructura. Estos procedimientos suelen incluir el nombramiento de una persona para supervisar la propiedad de la empresa en nombre de los acreedores durante la liquidación o el proceso de reestructuración, lo que aquí lleva el término de "administrador". Si bien no es necesario que la empresa entre en la administración para calificar como una empresa en quiebra, el hecho de que una empresa se encuentra en este esquema es relevante si la empresa es incapaz de cumplir sus obligaciones financieras en un futuro inminente. Las leyes que rigen la administración varían entre las distintas jurisdicciones y en consecuencia pueden restringir las opciones disponibles a los posibles adquirentes de la totalidad o parte de una empresa en quiebra

maneras de mejorar su situación. Si la empresa está bajo el esquema de administración, las agencias deben considerar la investigación con el administrador directamente de si había alguna perspectiva seria de que la empresa podría salir de este esquema, en una potencial forma reorganizada.

Comentario 5: Al evaluar si no hay una alternativa menos anticompetitiva para la concentración, las agencias deben evaluar si la empresa en quiebra ha intentado, sin éxito, buscar ofertas alternativas creíbles de adquisición de la empresa o sus activos que mantendrían los activos en el mercado relevante y plantear menos daño a la competencia de la concentración en cuestión. En este sentido, las agencias deberían exigir pruebas de que existe suficiente conciencia en cuanto a la venta de la empresa o de sus activos para atraer la atención de los posibles compradores potenciales. Las agencias deben considerar cualquier oferta de compra de los activos de la empresa en quiebra por encima del valor de liquidación de los activos (neto de los costos asociados con el proceso de liquidación). El hecho de que la oferta de un comprador alternativo no sea comercialmente preferible a la de las partes de la concentración no debe conducir a las agencias a ignorar la oferta del comprador alternativo siempre que esté por encima del valor de liquidación de activos. Además, algunas jurisdicciones consideran si la quiebra de la empresa y la liquidación de sus activos podrían ser una alternativa menos anticompetitiva a la concentración ya que las empresas que quedan en el mercado competirían por la participación y los activos que de otra manera se habrían transferido de la empresa en quiebra en venta al por mayor a un solo comprador.

Comentario 6: Al considerar un argumento de una empresa en quiebra, las agencias también deben evaluar si los activos de la empresa en dificultades también deben salir del mercado en el futuro inminente si no fuera por la concentración relevante. Si la empresa es propietaria de importantes activos cuyo valor es mayor en su uso actual, no es probable que estos activos salgan del mercado, incluso si la empresa no puede cumplir con sus obligaciones financieras en un futuro inminente. Por otro lado, no se espera que los activos que no son económicamente viables permanezcan en el mercado a menos que el comprador espere que la adquisición genere eficiencias significativas que harán a los activos económicamente viables. En tales casos, la empresa compradora adquiriría la empresa en quiebra para beneficiarse de las eficiencias resultantes, que surgen de la concentración, en lugar de una reducción de la competencia, ya que la empresa en quiebra dejaría el mercado en cualquier caso. Es probable que dicha concentración resulte en beneficios para los consumidores ya que el resultado competitivo de la concentración puede ser mejor que antes de la concentración.

Comentario 7: Puede ser que haya más casos de concentraciones con empresas con problemas financieros y, como resultado, la empresa en quiebra argumenta tiempos económicos difíciles. Sin embargo, las agencias deben evaluar si se cumplen las condiciones para una empresa en quiebra de la misma manera durante tiempos económicos difíciles como durante un entorno económico menos desafiante.

Comentario 8: Las partes pueden presentar argumentos de que la concentración no dañará la competencia en razón de que una de las partes en la concentración está "tambaleante", es decir, se encuentra en dificultades financieras, pero que no reúne las condiciones de una empresa en quiebra. Si no se cumplen los criterios para establecer que una empresa está en quiebra, las agencias deben considerar debidamente estas afirmaciones en el análisis de los efectos sobre la competencia ya que la debilidad financiera de la empresa puede seguir siendo un factor pertinente para determinar si la concentración es contraria a la competencia. En tales casos, la situación financiera debilitada de una empresa puede indicar que es probable que compita con menos eficacia en el futuro, de manera que la concentración no reducirá sustancialmente la competencia.

- C. Al evaluar los argumentos de que una concentración no dañará la competencia debido a una división de una empresa en quiebra, las agencias pueden evaluar si se cumplen las siguientes condiciones: (a) la división tiene un flujo de caja negativo en una base de operaciones, (b) la división y sus activos saldrían del mercado en el futuro inminente en ausencia de la concentración, y (c) no existe un resultado alternativo razonable menos anticompetitivo que la concentración en cuestión.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril de 2010)*

Comentario 1: En algunos casos, una concentración puede implicar la adquisición de una división (o grupo de activos relacionados) en quiebra de una empresa que de otra manera sería económicamente viable. En tales casos, en algunas jurisdicciones las partes de la concentración pueden afirmar que la concentración no dañará la competencia de manera significativa debido a la división en quiebra y que sus bienes saldrán del mercado en ausencia de la concentración. Tales afirmaciones pueden ser consideradas como parte del análisis de los efectos competitivos, o como una defensa formal respecto de la competencia de la que de otra manera sería una concentración anticompetitiva.

Comentario 2: En las jurisdicciones que consideran argumentos de división, las agencias deben aplicar condiciones similares en la determinación de si una división está fallando como se aplicarían argumentosa una empresa en quiebra. Sin embargo, dadas las diferencias factuales entre una división en quiebra y una empresa en quiebra, las agencias deben también ser conscientes de que puede ser necesario aplicar de forma diferente estas condiciones. En la evaluación de división en quiebra, las agencias deben ser conscientes de la posibilidad de que, en algunos casos, las prácticas contables de la empresa matriz puedan crear la apariencia de una división en quiebra cuando la división de hecho no está fallando. El hecho de que una división de negocio no es rentable actualmente no significa necesariamente que la división está quebrando que saldrá del mercado en un futuro inminente. Una división puede operar con pérdidas temporales, pero ser capaz de recuperarse, e incluso una división no rentable puede ser poco probable que salga si sirve para un propósito importante en la empresa, tal como apoyar o desarrollar una marca importante u otra línea de negocio. Además, puede ser difícil evaluar la cantidad de dinero que la empresa matriz espera poder invertir en la división en ausencia de la concentración. Por lo tanto, las agencias deben solicitar a las partes de la concentración evidencia clara que demuestra que, en ausencia de la concentración, es probable que la división quiebre sus activos son propensos a salir del mercado en un futuro inminente.

Comentario 3: Al evaluar si la división tiene un flujo de caja negativo en una base de operaciones, las agencias deben garantizar que los ingresos y los costos que se consideran son correctos. Dada la capacidad de la empresa más grande para asignar los costos, ingresos y transacciones dentro de la empresa y en sus filiales y divisiones, las agencias deberían exigir evidencia de apoyo que no se basen únicamente en los documentos que han sido preparados por las partes de la concentración con el fin de demostrar el flujo de caja negativo o la perspectiva de salida.