

Agosto de 2009

Concentraciones prohibidas y poder de mercado en la Ley de Competencia. Un comentario adicional.

Tema para discusión

Por Álvaro R. Sánchez G.

La presente nota es una opinión personal. No refleja necesariamente la posición de VA&BA.

0. En seguimiento al tema para discusión de VA&BA de febrero de 2009, ver http://www.vb.com.mx/index_espanol.html es importante observar que el énfasis de la LFCE para evaluar e impugnar una concentración se encuentra sobre el poder sustancial de mercado y no sobre las condiciones que facilitan “conductas colusivas” (Ref., artículo 17 de la LFCE).
1. Es fácil observar que la LFCE se enfoca en la forma en que el poder sustancial de mercado debe identificarse:

Artículo 13.- Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

I.- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II.- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III.- La existencia y poder de sus competidores;

IV.- Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

V.- Su comportamiento reciente; y

VI.- Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.

Reglamento de la LFCE

Artículo 11.- Para determinar la participación de mercado a que se refiere la fracción I del artículo 13 de la Ley, se tomarán en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión determine.

Artículo 12.- Para efectos de la fracción II del artículo 13 de la Ley, son elementos que pueden considerarse como barreras a la entrada, entre otros:

I. Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes;

II. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o' escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo;

III. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial;

IV. La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos;

V. Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales;

VI. Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante, y

VII. Los actos de autoridades federales, estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios.

Artículo 13.- *Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la fracción VI del artículo 13 de la Ley, se deben considerar los criterios siguientes*

I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;

II. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, y

III. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

Artículo 14.- *La Comisión publicará en el Diario Oficial de la Federación el método de cálculo para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios de su aplicación*

2. En contraposición, no existe en la LFCE ni en su reglamento un apartado donde pueda encontrar indicaciones claras respecto de cómo identificar y evaluar elementos que faciliten conductas colusivas, de tal forma que pudiera sustentarse debidamente la decisión de objetar una concentración.