

CREEL, GARCÍA-CUÉLLAR, AIZA Y ENRÍQUEZ

MEMORANDUM

15 de enero de 2015

Para: Comisión Federal de Competencia Económica

De: Creel, García-Cuellar, Aiza y Enríquez, S.C.

Re: Comentarios al Anteproyecto de Criterio Técnico para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo en el Análisis de Posibles Efectos sobre la Competencia y Libre Concurrencia Derivados de una Concentración

El presente documento expone las recomendaciones por parte de los autores en relación con el anteproyecto de criterio técnico para el cálculo y aplicación del Índice Herfindahl-Hirschman (el "Anteproyecto"). Se adjunta al presente documento como Anexo "1", una versión marcada del anteproyecto con nuestros comentarios, los cuales se exponen delante de manera general para una más fácil comprensión.

Al respecto y de manera preliminar, se destaca que, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones (i.e. Estados Unidos y la Unión Europea), aunque es evidente, el Anteproyecto no establece que el Índice Herfindahl-Hirschman ("IHH") será aplicable únicamente en el caso de concentraciones entre agentes económicos competidores (concentraciones horizontales). Por lo anterior y por consistencia con otras jurisdicciones, se sugiere incluir el término "Horizontales" en el título del criterio técnico.

1. Apartado Sexto del Anteproyecto

a) En general, para efectos de transparencia y claridad, se sugiere que el Anteproyecto exponga los razonamientos por los cuales se están considerando cada uno de los parámetros establecidos en este apartado, es decir, porqué se consideró (i) que el valor de delta sea menor a 75 puntos, (ii) que H_2 sea menor de 2.000 puntos, y (iii) que el valor de H_2 se ubique entre 2.000 y 2.500 puntos, delta se ubique entre 75 y 150 puntos.

b) En relación con el punto 6.1 del Apartado Sexto del Anteproyecto¹, consideramos que el valor de delta situado en 75 puntos resulta demasiado

¹ *Vid. Anteproyecto, apartado SEXTO: "La Cofece considerará, como una primera aproximación al análisis de los efectos probables de una concentración en el mercado relevante, que ésta tendría poca probabilidad de obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la*

bajo teniendo en cuenta las características de muchos de los mercados en México, que se distinguen en muchos casos por un alto grado de concentración. Anteriormente existía el índice de dominancia, lo cual hacía menos riguroso el criterio. Por ello, se sugiere elevar el índice de delta de 75 puntos a 100 puntos, lo cual es acorde con criterios aplicables en otras jurisdicciones, como por ejemplo los Estados Unidos de América, el cual se caracteriza por una economía más desarrollada con mercados que por lo general presentan un menor grado de concentración.

c) El 6.3 del Apartado Sexto del Anteproyecto², limita los resultados del IHH a que el agente económico resultante de la concentración no se encuentre dentro de los cuatro agentes económicos con mayor participación de mercado. Consideramos que la aplicación de este precepto puede en muchos casos resultar en una imposibilidad práctica y no necesariamente reflejar el hecho de que una concentración pueda tener efectos negativos en la competencia (por ejemplo en caso de que existan competidores muy grandes o pocos competidores). Asimismo, hasta donde pudimos verificar, no hay criterios similares en otras jurisdicciones.

Por las razones expuestas, proponemos eliminar la referencia de que el agente económico no se encuentre entre los cuatro principales de ese mercado.

2. Apartado Séptimo del Anteproyecto

El 7.1 del Apartado Séptimo³, expone uno de los supuestos en los que el resultado del IHH sobre el grado de concentración en un mercado no se tendrá en cuenta es el que alguno de los agentes económicos implicados haya participado en concentraciones previas en el mismo mercado relevante. Se considera que este supuesto, aunque existe en los criterios en vigor, no resulta relevante para el análisis de los efectos que podría tener una concentración en el mercado, ya que si un agente económico cuenta con una participación de mercado baja, carece de importancia si anteriormente participó en una o más concentraciones.

libre competencia o la competencia económica en dicho mercado relevante, cuando los cálculos mencionados arrojen alguno de los siguientes resultados: 6.1. El valor de Δ sea menor de 75 puntos. [...]

² Vid. Anteproyecto, apartado SEXTO: “6.3. El valor de H_2 se ubique entre 2,000 y 2,500 puntos; Δ se ubique entre 75 y 150 puntos, y que el agente económico resultante después de la operación no se encuentre dentro de los cuatro agentes económicos con mayor participación de mercado”.

³ Vid. Anteproyecto, apartado SÉPTIMO: “7.1. Haya participado en concentraciones previas en el mismo mercado relevante”.

En consecuencia, se sugiere eliminar el 7.1 del Apartado Séptimo.

3. Enfoque del Anteproyecto

Desde nuestro punto de vista, el enfoque del Anteproyecto predispone el estudio de una concentración por parte de esa H. Comisión desde una perspectiva negativa, al contener diversos adjetivos que presuponen la ilegalidad de las concentraciones. Es por ello que se también sugiere incorporar ligeros cambios en la redacción, mismos que se reflejan en el citado Anexo "1".

CREEL, GARCÍA-CUÉLLAR, AIZA Y ENRÍQUEZ

Anexo 1

CRITERIO TÉCNICO PARA EL CÁLCULO Y APLICACIÓN DE UN ÍNDICE CUANTITATIVO EN EL ANÁLISIS DE POSIBLES EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA DERIVADOS DE UNA CONCENTRACIÓN HORIZONTAL

PRIMERO. El presente criterio técnico tiene por objeto:

1.1 Explicar el método que utilizará la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo, la Cofece) para medir, mediante un índice, el grado de concentración en el mercado relevante entre agentes competidores, tal como se prevé en el artículo 63, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo LFCE); y

1.2 Exponer las consideraciones para la aplicación del índice cuando se analicen en el mercado relevante los probables efectos sobre la competencia y libre concurrencia en el caso de una concentración entre agentes competidores (entendida como lo establece el artículo 61 de la LFCE).

La utilización del índice y las mediciones que resulten de su aplicación para estimar el grado de concentración en el mercado relevante de que se trate servirán a la Cofece únicamente como auxiliares para realizar una primera aproximación a la estructura del mercado relevante. En ningún caso se utilizarán el índice y las estimaciones de sus valores numéricos como únicos elementos para analizar la estructura de una concentración en un determinado mercado relevante y las condiciones que de ella se deriven que pudieran propiciar efectos contrarios a la competencia y libre concurrencia.

SEGUNDO. Los valores numéricos del índice se calcularán a partir de las participaciones de mercado de los agentes económicos en el mercado relevante, sin considerar para este cómputo otra información, de modo que los valores que tome el índice reflejen exclusivamente el grado de concentración en dicho mercado.

Otros aspectos o elementos de la estructura de dicho mercado distintos del grado de concentración se considerarán por separado como parte de un análisis más completo de las consecuencias probables para la competencia y libre concurrencia en los mercados que pudieran derivar de una concentración. Tales aspectos o elementos son los señalados para tal efecto en los artículos 58, 59, 63 y 64 de la LFCE y las Disposiciones Regulatorias, entre otros: barreras a la entrada, el poder de mercado que tengan los competidores, el acceso a fuentes de insumos, el comportamiento reciente de los agentes, el acceso a importaciones, la existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores. Por lo anterior, el hecho de que no se cumpla con lo previsto en el presente criterio no constituye por sí mismo, evidencia de que una concentración sea ilícita, ya que se deben analizar los demás criterios establecidos en la LFCE.

TERCERO. Las participaciones de mercado se entenderán como los porcentajes en el mercado relevante que tengan los distintos agentes económicos, tomando en consideración datos referentes a las ventas, número de clientes, capacidad productiva u otras variables que la Cofece considere pertinentes. La Cofece considerará preferentemente datos sobre el valor monetario de las ventas en el mercado relevante ya que son más confiables y su interpretación es más directa, sin perjuicio de utilizar otras variables referentes a las cantidades físicas de las ventas, como volumen, peso u otro tipo de unidades que fueran pertinentes en un determinado asunto.

En notación matemática, Q_j denotará el valor de las ventas de cada agente económico "j" en dicho mercado y Q representará la suma o valor total de las ventas de todos los agentes económicos en el mismo, o sea, $Q = \sum_j Q_j$, por lo que la participación de mercado del agente económico "i" en dicho mercado se denotará como q_i y se computará mediante la fórmula: $q_i = (Q_i / Q) \times 100$.

CUARTO. La Cofece estimará el grado de concentración en el mercado relevante mediante un índice cuantitativo conocido técnicamente como Índice de Herfindahl (**H**), cuya fórmula de cálculo incorpora las participaciones de mercado de todos los agentes económicos en el mercado relevante.

Este índice cuantitativo se define como la suma de las participaciones de mercado de los agentes económicos elevadas cada una a la segunda potencia o, en notación matemática, $H = \sum_j (q_j)^2$.

Así, este índice mide el grado de concentración considerando no sólo a los mayores participantes sino a la totalidad de éstos, lo que lo hace útil para estimar el grado de concentración en mercados muy diferentes tanto por el número de participantes como por sus distintas participaciones de mercado. En este sentido, el índice hace posible detectar desde altos grados de concentración cuando uno o pocos agentes económicos tienen la mayor parte de un mercado, hasta grados de concentración bajos en los que numerosos agentes económicos tienen en lo particular participaciones muy pequeñas en el mercado.

Numéricamente, este índice por su definición puede tomar valores entre cero y diez mil. Valores bajos del índice son indicativos de que el grado de concentración en el mercado relevante es bajo, en tanto que mayores valores del índice reflejan un grado de concentración más alto. En especial, el valor cero corresponde a una estructura de mercado plenamente atomizada, en la cual la participación de mercado de cada uno de los agentes económicos es

casi cero, por lo que el grado de concentración en el mercado relevante es prácticamente nulo; y, en el otro extremo, el valor diez mil corresponde a una estructura de mercado caracterizada por un monopolio puro, en la que un solo agente económico detenta una participación de mercado igual al cien por ciento y el grado de concentración es máximo.

QUINTO. Para estimar el cambio en el grado de concentración en el mercado relevante que resultaría como consecuencia de una concentración de varios agentes económicos, la Cofece utilizará dicho Índice de Herfindahl, computando su valor numérico, en primer lugar, para el caso en que no tuviera lugar la concentración, y, en segundo lugar, para el caso en que sí tuviera lugar la concentración.

En el primer caso, para el cómputo del valor del índice **H** se utilizarán las participaciones de mercado de los distintos agentes económicos, en tanto que en el segundo caso se utilizará la participación de mercado conjunta que tendría el agente económico resultante de la concentración, considerando que las participaciones de los demás agentes no incluidos en ella se mantendrían sin variación. En notación matemática, $H_1 = \sum_j (q_j)^2$ incluyendo por separado la participación de mercado de cada uno de los agentes económicos que serían parte de la concentración, y $H_2 = \sum_k (q_k)^2$ donde q_1 denotaría específicamente la suma de las participaciones de mercado (o sea, la participación de mercado conjunta) de los agentes económicos que serían parte de la concentración ($q_1 = \sum_m q_m$ donde m representa a cada uno de los agentes económicos que son parte de la concentración).

El cambio en el grado de concentración en el mercado relevante se estimará entonces mediante la diferencia (Δ) de los valores del índice **H** calculados para el primer y el segundo caso, o sea, $\Delta = H_2 - H_1$.

SEXTO. La Cofece considerará, como una primera aproximación al análisis de los efectos probables de una concentración en el mercado relevante, que ésta tendría poca probabilidad de obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica en dicho mercado relevante, cuando los cálculos mencionados arrojen alguno de los siguientes resultados:

~~6.1.- 6.1.~~ El valor de Δ sea menor de ~~75~~100 puntos;

~~6.2.- 6.2.~~ El valor de H_2 sea menor de 2,000 puntos;

~~6.3.- 6.3.~~ El valor de H_2 se ubique entre 2,000 y 2,500 puntos; Δ se ubique entre 75 y 150 puntos, ~~y que el agente económico resultante después de la operación no se encuentre dentro de los cuatro agentes económicos con mayor participación de mercado.~~

SÉPTIMO. La Cofece ~~considerará~~podrá considerar que una concentración ~~puedetendría probabilidades de~~ obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica, aunque las estimaciones numéricas actualicen alguno de los resultados indicados en el punto inmediato anterior, cuando alguno de los agentes económicos que sean parte de la concentración se encuentre en cualquiera de los siguientes casos:

~~7.1. — Haya participado en concentraciones previas en el mismo mercado relevante.~~

~~7.2.- 7.1.~~ Por su relación patrimonial con otros agentes, pueda adquirir acceso privilegiado a algún insumo importante, u obtener ventajas en la distribución, comercialización o publicidad del bien o servicio del mercado relevante.

~~7.3.- 7.2.~~ Tengan o puedan llegar a adquirir poder sustancial en mercados relacionados.

~~7.4.- 7.3.~~ Actualice algún otro supuesto establecido en la LFCE que pudiera significar una elevación de poder sobre el mercado relevante que no se refleje en las participaciones de mercado presentes o inmediatas y, por tanto, su efecto no sea captado por los cálculos basados en el índice **H**.

OCTAVO. El índice de concentración **H** podrá ser utilizado por la Cofece también para el análisis de otros aspectos relacionados con la competencia y libre concurrencia en casos distintos a una concentración, sin demérito de lo establecido en el presente criterio técnico para el caso de las concentraciones a que se refiere el artículo 63, fracción II, de la LFCE.

NOVENO. La Cofece resolverá, en términos del artículo 110 de la LFCE, las dudas o aclaraciones que los agentes económicos tengan en relación con el presente Criterio Técnico.

TRANSITORIOS

PRIMERO. El presente Criterio Técnico entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. Quedan sin efecto los métodos de cálculo para determinar el grado de concentración existente en el mercado relevante, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.