

Informe sobre la consulta pública del 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

Presentación

Este Informe se publica en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 12, fracción XXII, tercer párrafo, inciso a) y 138, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), como parte del procedimiento de Consulta Pública al que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) sometió su 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 (ANTEPROYECTO), por un periodo de treinta días hábiles, que corrieron del veintiuno de noviembre de dos mil catorce al quince de enero de dos mil quince (CONSULTA).

En dicho periodo se registraron 7 participaciones, en las que se presentaron sugerencias, preguntas y comentarios al ANTEPROYECTO por parte de diversos profesionistas, académicos y organizaciones civiles. De igual forma se recibió la opinión del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Las participaciones se enfocaron principalmente en los artículos cuarto, quinto y sexto del ANTEPROYECTO.

Las características más importantes del ANTEPROYECTO son las siguientes:

- Mantiene el uso del Índice de Herfindahl-Hirshman (Índice H) y la variación en el mismo (Δ).
- Respecto del valor absoluto del Índice H, se establece que por debajo del umbral de 2,000 puntos es poco probable que una concentración pueda resultar dañina al proceso de competencia y libre concurrencia. Lo mismo puede decirse cuando la variación en el índice H sea menor o igual a 75 puntos.
- Amplía el umbral del Índice H a 2,500 puntos, en casos en que el agente económico resultante después de la concentración no se encuentre dentro de los cuatro agentes económicos con mayor participación de mercado y la variación en el Índice H no exceda de 150 puntos.
- Elimina el uso del Índice de Dominancia y
- Postula que el Índice H y las mediciones que resulten de su aplicación para estimar el grado de concentración en el mercado servirán a la Cofece únicamente para realizar una primera aproximación a la estructura del mercado relevante, sin que dichos elementos sean los únicos empleados por la autoridad para analizar la estructura del mercado relevante y las condiciones que de ella se deriven.

A continuación se detallan de manera sintética los aspectos relevantes que fueron planteados en la CONSULTA y las consideraciones a los comentarios recibidos, los cuales pueden ser clasificados dentro de los siguientes temas:

Cuestiones Generales

Algunos participantes señalaron cuestiones de redacción o propuestas de adición para aclarar el texto del ANTEPROYECTO, los cuales se deliberarán para determinar su pertinencia e idoneidad con el objetivo propuesto.

Dudas sobre las razones que motivan el ANTEPROYECTO

Varios participantes se cuestionaron sobre cuáles fueron las razones teóricas o legales que motivaron a la COFECE a realizar los cambios propuestos en el ANTEPROYECTO.

Sobre este punto, cabe aclarar que la COFECE incorporará, en las consideraciones, aquéllas que resulten pertinentes una vez que se emita y publique el criterio técnico definitivo.

Carencia de vinculación del Índice H con la teoría económica

Algunos participantes señalaron que el uso de este índice no tiene sustento teórico. Sin embargo, cabe recordar que la manera más común de identificar el poder de mercado es la capacidad para vender por encima de los costos marginales de producción. El concepto de poder de mercado es relativo: se dice que una empresa tiene mayor poder de mercado, en la medida que su tasa de utilidad (definida como el margen precio menos costo marginal, dividido entre el precio) es más elevado que para otra empresa.

El índice H resulta un indicador estructural indicativo de la posible existencia de poder de mercado. A partir de un modelo de oligopolio con competencia tipo Cournot, en el que participan empresas con costos marginales constantes y ofrecen un bien homogéneo, se obtiene que el Índice de Lerner (L) es igual al Índice H dividido entre la elasticidad-precio de la demanda del mercado (ε):¹

$$L = \frac{H}{\varepsilon}$$

El Índice de Lerner no es más que la tasa de ganancia promedio ponderada del mercado. En términos económicos, la expresión significa que en los mercados en que la concentración es más elevada, podemos esperar que el Índice de Lerner, esto es la tasa de ganancia, también lo será.

¹ Un análisis más detallado puede verse en Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press. Págs. 123-124.

Si bien el Índice H tiene limitaciones, es una herramienta de utilidad para el análisis de concentraciones, cuando es empleado para obtener una primera aproximación a la estructura del mercado y se utiliza con otros instrumentos analíticos. Por ello es utilizado ampliamente por agencias de competencia.

Defectos estadísticos del Índice H

Algunos participantes manifestaron que el uso único del Índice H como método provoca que los indicadores arrojados no sean robustos ni precisos respecto al índice de concentración en un mercado relevante. Sobre este punto proponen medidas complementarias para ajustar los errores que se producen al aplicar el Índice H, por ejemplo, el uso de estadísticos de significancia o de ajustes matemáticos (inverso de H).

Respecto de las medidas propuestas para ajustar supuestos errores en el cálculo del índice H, se proponen estadísticas sobre el coeficiente de variación y sus propiedades de distribución. Su utilidad se da en un contexto en el que se recaban muestras. Sin embargo, los cálculos del Índice H que las autoridades de competencia efectúan no se realizan sobre muestras.

Respecto del uso de variantes, como el inverso del Índice H, debe decirse que no ofrecen sencillez de interpretación y su uso generaría confusión para los agentes económicos. El Índice H es utilizado de manera amplia por las agencias de competencia, entre otras razones, por la facilidad para su cálculo y porque su interpretación resulta de gran sencillez, lo que le otorga valor para los agentes económicos.

La doctrina reconoce al Índice H otros elementos:

- Su medición es independiente del tamaño del mercado.
- La información necesaria para su cálculo está al alcance de la gran mayoría de las empresas.
- Cuando sus umbrales están correctamente definidos, pueden ser empleados para proporcionar un referente de seguridad a los agentes, aun antes de iniciar el trámite de notificación de una concentración.

En conclusión, el Índice H representa una herramienta que se utiliza de manera auxiliar y como una primera aproximación a la estructura del mercado. Funciona como un indicador que debe permitir a los agentes económicos identificar, de manera rápida, si su transacción es de aquellas que podrían requerir un análisis a profundidad. También son un referente que debe permitir a la autoridad vislumbrar, con rapidez, el grado de complejidad del análisis de la concentración.

Umbrales del Índice H

Algunos participantes mencionaron que el umbral de Δ situado en 75 puntos resultaba muy bajo para las características de los mercados en México y no era acorde a los criterios aplicables por las agencias en materia de competencia económica en otros países en donde se estimaba que un

cambio menor a 100 puntos resultaba en una baja probabilidad de que se tuviera un efecto adverso a la competencia.

Por lo que hace a estos comentarios, se señala que esta autoridad revisará las notificaciones de concentraciones que se han presentado ante la Comisión Federal de Competencia y ahora ante la COFECE, durante los últimos cinco años, a fin de determinar si en aquellas operaciones con un valor de Δ mayor a 75 puntos y menor a 100 puntos se identificaron o no riesgos a la competencia y libre concurrencia. Dicho análisis permitirá definir en definitiva si es atendible o no la propuesta con base en la propia experiencia de la COFECE.

El uso de la suma de las participaciones de mercado de esos cuatro agentes económicos (C_4) e insuficiente énfasis en efectos coordinados

Algunos participantes manifestaron que el método propuesto por la Cofece para valorar el C_4 puede implicar una imposibilidad práctica en su implementación, que no necesariamente reflejaría los efectos negativos en la competencia y que podría favorecer a los agentes económicos más grandes.

Por otra parte, señalaron que el Índice H exhibe limitaciones para evaluar adecuadamente los riesgos derivados de efectos coordinados, por lo que se recomienda distinguir explícitamente entre los riesgos derivados de poder sustancial de una empresa en lo individual y los de poder sustancial conjunto o efectos coordinados. Por lo anterior, un participante sugiere incluir un indicador $C_4 < 65$ por ciento y un criterio de participación de mercado menor al 10 por ciento para descartar estos efectos.

Sobre el particular se señala que el criterio incluido por la COFECE en el ANTEPROYECTO se estableció para reconocer la asimetría entre los agentes económicos competidores y dar flexibilidad en el análisis de situaciones que no cumplen cabalmente con los umbrales previos, a través de la revisión de las cuotas de mercado. Esto en el entorno de eliminación del Índice de Dominancia. Se reitera que estos criterios son auxiliares y permiten realizar una primera aproximación a la estructura del mercado y que esta autoridad no basará exclusivamente sus resoluciones en este índice.

En atención a las sugerencias, se valorarán con detenimiento las propuestas presentadas a efecto de que el criterio facilite la identificación de concentraciones que puedan tener efectos negativos en la competencia y libre concurrencia.

Eliminación del Índice de Dominancia

Un participante señaló que el Índice de Dominancia fue creado en virtud de que los mercados están muy concentrados en México y su uso en complemento al Índice H podría reflejar con mayor precisión la existencia o no de un verdadero problema de concentración. Esto porque en casos de elevación de concentración en términos del Índice H, el Índice de Dominancia podría indicar

efectos favorables a la competencia derivados de la formación de un nuevo agente que disminuiría la dominancia de otro con mayor participación de mercado.

Por su parte, otros participantes consideraron apropiada la eliminación del Índice de Dominancia por las siguientes razones:

- El Índice de Dominancia no es un indicador de concentración sino una medida de asimetría entre los participantes en el mercado. Establecer una presunción general de que, en toda circunstancia, la disminución del Índice de Dominancia descarta riesgos en las condiciones de competencia no tiene fundamento en la LFCE ni en la lógica económica. Lo anterior no impide reconocer que bajo ciertas condiciones particulares, una mayor simetría puede tener efectos pro-competitivos. Sin embargo, no puede presumirse que este sea el caso general.
- La legislación mexicana en materia de competencia económica, desde su adopción hace poco más de dos décadas, ha incorporado una visión integral de los riesgos que una concentración puede imponer en las condiciones de competencia y que no se reduce al posible fortalecimiento de poder sustancial de mercado de un agente económico en lo individual sino también la posibilidad facilitar efectos coordinados.
- La prevención de efectos coordinados fue reiterada con la adopción del concepto de poder sustancial conjunto desde la reforma de 2011 de la LFCE abrogada y con su incorporación en la legislación vigente. Al no reconocer los riesgos de poder conjunto o efectos coordinados, el Índice de Dominancia se opone a los presupuestos de la Ley.

En este punto en particular, la COFECE verificará cada una de las observaciones realizadas a favor y en contra del Índice de dominancia para adoptar el método que mejor se ajuste a la LFCE y a las prácticas internacionales.

Especificación sobre el uso de las variables

Uno de los participantes manifestó la necesidad de especificar cuáles serán las condiciones para usar una variable por sobre otra para calcular la participación de mercado, o si bien existe la posibilidad de utilizar varias variables, la preferencia que se daría a cada variable.

El artículo 59, fracción I, de la LFCE, establece que para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente. La Ley no obliga a la Comisión a especificar cuáles serán las condiciones para utilizar una variable sobre otra. No obstante, la práctica internacional señala que las agencias de competencia tienen flexibilidad para utilizar variables alternativas que den cuenta de la participación de mercado de los agentes económicos. Esta flexibilidad se origina en el hecho de que en cada mercado la manera de reportar las participaciones puede ser distinta. Asimismo, la calidad de la información podría no ser uniforme, de manera que las autoridades deben tener la posibilidad de utilizar la información proveniente de las variables que se consideren más confiables. Por otra parte, las características económicas de cada mercado pueden determinar la conveniencia de usar algún indicador en específico. En este

sentido, no resulta factible determinar el indicador para medir participaciones de mercado, pues ello depende de las particularidades de cada industria y de la confiabilidad de la información.

Delimitación competencial

Por su parte, el IFT solicitó que se especificara que el criterio tendrá aplicación únicamente en el ámbito de las facultades de la COFECE y que sólo queda abrogado, respecto de ésta, el instrumento que preveía el cálculo para los índices de concentración de 1998.

Al respecto, esta COFECE estableció en los objetivos del ANTEPROYECTO su marco de aplicación; sin embargo, será cuidadosa al analizar que no existan dudas en el texto sobre el ámbito competencial del mismo.

Compromiso y agradecimiento

Como se ha expresado, todas las consideraciones contenidas en este documento están siendo analizadas por la COFECE a la fecha de publicación del presente Informe, en el entendido de que el documento definitivo objeto de este proceso de CONSULTA se encuentra en proceso de elaboración.

Por último, la COFECE agradece a todos aquellos que enviaron comentarios dentro del periodo de CONSULTA, por haber realizado aportaciones invaluable dentro de sus ámbitos de experiencia, gracias a las cuales se ha fortalecido la experiencia institucional y se ha reforzado la unión entre sectores público y privado en materia de competencia económica. El documento que resulte de este proceso será producto de ambos sectores y de la convivencia ejemplar que los ha caracterizado.