



**Centro de Estudios del Derecho de la
Competencia y de la Regulación**

**Agosto, 2014
Documento de Trabajo
Número 01-14**

**Concentraciones: Apunte sobre el Procedimiento de Notificación
y el Análisis Económico Requerido**

Dr. Álvaro R. Sánchez G.



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Acerca del Autor

Dr. Álvaro R. Sánchez G.

ALRUSAGO, ANTITRUST CONSULTING

Consultor independiente en Competencia y Regulación

Universidad de California-Berkeley, IPN

Director General de Concentraciones, 1995-2005, Director General de Investigaciones,
2005-2006, Comisión Federal de Competencia

www.antitrust.com.mx

Resumen Ejecutivo

En este Apunte se hace un resumen del procedimiento para solicitar autorización de una concentración y de algunos rubros referentes al análisis económico que se realiza para determinar si la autorización es procedente. El documento se inicia con la definición y una síntesis de las etapas del procedimiento de notificación. A continuación se abordan algunas “lagunas” en la LFCE en materia de delimitación de mercado relevante/relacionado y poder sustancial y se formulan breves comentarios al respecto.¹

¹ Agradezco las observaciones formuladas e información aportada por Rodrigo Morales Elcoro para que este Apunte tenga un mínimo de claridad y consistencia.

Concentraciones: Apunte sobre el Procedimiento de Notificación y el Análisis Económico Requerido

Dr. Álvaro R. Sánchez G.

I. Definición de concentración y procedimiento para solicitar y, en su caso, obtener autorización para llevarla a cabo.

La Ley Federal de Competencia Económica (en adelante Ley o LFCE) establece que cualquier “unión” de activos entre dos agentes económicos se puede considerar una concentración (Ref., artículo 61).

La definición textual podría parecer demasiado amplia ya que en su aplicación estricta se puede llegar a considerar como concentración incluso la “unión” de activos resultante de herencias, matrimonios, etc. Sin embargo, la práctica ha permitido establecer que dicha “unión” corresponde, en primer término, a transacciones que en el ámbito de los negocios se conocen como “Fusiones y Adquisiciones”.²

De acuerdo a la LFCE una concentración deberá ser autorizada por la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) para que pueda llevarse a cabo. Los elementos que deben considerarse para evaluar la obligatoriedad del trámite correspondiente incluyen tanto el monto de la transacción como su naturaleza. Respecto al monto de la operación debe procederse de la siguiente forma:

-medir si el valor de la operación rebasa cualquiera de tres umbrales monetarios (Ref., artículo 86). En este aspecto es fundamental tener en cuenta que la medición se establece términos del valor monetario de la operación y no se prejuzga sobre los efectos de ésta en los mercados involucrados. Para pronta referencia se transcribe dicho artículo:

Artículo 86. Las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:

- I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;*
- II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o*

² Diversos tipos de asociaciones (*joint ventures*) pueden calificar o se podrían considerar como concentraciones en la legislación mexicana si implican el control conjunto de activos aunque en este tipo de situaciones la frontera entre lo que califica como “concentración” puede ser más controversial.

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.

Por ejemplo, el salario mínimo vigente para el Distrito Federal vigente en 2014 es de \$67.92 pesos, por lo que el valor equivalente del primer umbral y segunda parte del segundo umbral es de \$1,211,220,000.00 pesos; el valor equivalente de la primera parte del tercer umbral es de \$565,236,000.00 pesos; el valor equivalente de la segunda parte del tercer umbral es de \$3,229,920,000.00 pesos.

El segundo umbral, se observa, tiene dos partes, mismas que deben cumplirse simultáneamente para que se tenga por actualizado. Una situación similar aplica al tercer umbral y sus dos partes.

-se reitera que es importante medir, en su caso, cada uno de los tres umbrales pues es suficiente que cualquiera de los tres se actualice para que se genere la obligación de presentar la notificación correspondiente;

-en el evento de que no se rebase ninguno de los tres umbrales, no es obligatorio solicitar la autorización de la Cofece, pero los agentes económicos pueden realizar voluntariamente la solicitud correspondiente (Ref., artículos 86 y 87);

-para una situación en que sí se rebase alguno de los umbrales, los agentes económicos involucrados, tanto vendedor como comprador, deberán solicitar autorización antes de efectuar la transacción; en casos excepcionales solamente una de las partes podrá realizar la notificación (Ref., artículos 87 y 88);

-la naturaleza de la operación resulta también relevante al evaluar la obligatoriedad de su notificación. La LFCE otorga una excepción a la notificación de operaciones cuya naturaleza hace previsible que no puedan afectar adversamente la competencia. Entre los diversos casos exceptuados de esta obligación en el artículo 93 de la Ley se incluyen, entre otros, ciertas reestructuraciones corporativas, la consolidación accionaria por parte de quien ya tiene el control en la empresa afectada, la constitución de fideicomisos, operaciones de sociedades de inversión en renta variable cuando no se adquiere una influencia significativa;

-la LFCE previene para que en las negociaciones entre los agentes económicos involucrados que se realicen con la finalidad de llevar a cabo una posible concentración, no se **intercambie información** que pudiera conducir a la realización de prácticas sancionables (Ref., artículo 88). Es de suma importancia poner atención en este aspecto ya

que generalmente en los procesos de compra-venta o de fusiones y adquisiciones, los agentes económicos involucrados entran en procesos de auditoría del negocio (**due-diligence**) que implican intercambio de información que pudiera dar lugar a la presunción de actos de tipo colusivo (Ref., artículo 53);

-la presentación de la solicitud o notificación de concentración debe acompañarse de una serie de documentos e información, misma que generalmente la autoridad subsecuentemente requiere que se detalle o amplíe (Ref., artículo 89);

-el trámite se inicia a partir de que la Cofece recibe la información, pero el plazo legal para resolver se puede interrumpir varias veces, en función de que se considere completa la información requerida y de la complejidad del análisis económico que sea necesario realizar (Ref., artículo 90). Con estimaciones muy generales se observa que en términos de días calendario las operaciones sencillas se resuelven en alrededor de un mes o mes y medio, las operaciones que requieren mayor análisis pero no son complejas se resuelven en alrededor de 2 meses o 2 meses y medio; las operaciones complejas pueden llevar entre 4 y 6 meses. Estos periodos se estiman a partir de que la Cofece recibe en tiempo y forma la información requerida;

-si la Cofece no resuelve la solicitud dentro del plazo establecido, la operación se considerará autorizada (Ref., artículo 90). Esta situación es excepcional, habiendo sucedido, hasta donde se tiene conocimiento, en 5 ocasiones;

-la LFCE establece un procedimiento de respuesta rápida si se acredita que la operación, notoriamente, no afectará el proceso de competencia (Ref., artículo 92);

-una operación autorizada por la Cofece no podrá ser investigada a menos que la autorización se haya basado en información falsa o que los agentes no cumplan con condiciones establecidas (Ref., artículo 65);

-una operación sobre la que no se tenía obligación de solicitar autorización podrá de todas formas ser investigada por sus efectos en el mercado o mercados pero solamente dentro del año siguiente a su realización (Ref., artículo 65);

-una concentración que debió haber sido notificada pero no se formuló la solicitud correspondiente, podrá ser investigada dentro de un plazo de 10 años, a partir de su realización (Ref., artículos 62 y 137);

-la omisión de notificar oportunamente puede ser sancionada hasta por el equivalente a 5% de los ingresos del agente económico (Ref., artículo 127). Si en la investigación consecuente se encuentra que dicha concentración fue ilícita por afectar el proceso de competencia, el agente económico puede ser sancionado hasta por el equivalente a 8% de sus ingresos (Ref., artículo 127);

-la decisión de la Cofece respecto a una concentración puede tener tres variantes: se resuelve autorizarla en los términos en que fue notificada; o se niega/objeta; o se autoriza sujeta al cumplimiento de condiciones (Ref., artículo 91). En la práctica se pueden establecer condiciones cuyo cumplimiento debe ser previo a la resolución y/o condiciones cuyo cumplimiento se habrá de dar en fecha posterior a dicha resolución.

II. Sobre el análisis económico de un concentración.

La LFCE exige que la decisión para resolver sobre una notificación de concentración se base en el análisis de las condiciones de competencia en los mercados involucrados. Dicho análisis deberá partir de la definición de un mercado relevante (o varios), posteriormente se deberá identificar si en dicho mercado está presente un agente económico con poder sustancial individual o varios con “*poder sustancial conjunto*”, en su caso determinar si como resultado de la concentración el mercado se tornará más o menos competitivo. En este sentido se deberá evaluar si la operación brindará al agente resultante de la concentración poder sustancial o fortalecerá dicho poder, o si la estructura del mercado se modificará de tal forma que facilitará el surgimiento de varios agentes con poder sustancial.

El mercado relevante.

El artículo 58 de la Ley establece en cinco fracciones los elementos que deben evaluarse para delimitar un mercado, que formalmente se denomina mercado relevante. Para pronta referencia se transcribe dicho artículo:

Artículo 58. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

- I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;*
- II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;*
- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;*
- IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;*
- V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.³*

³ Se informa que las Disposiciones Regulatorias publicadas por la Cofece el 8 de julio de 2014 en el Diario Oficial de la Federación, no abordan la fracción V del artículo 58. Al 6 de agosto de 2014 tampoco se han emitido los criterios técnicos referidos en dicha fracción.

Dicho artículo establece parámetros y consideraciones de tipo cualitativo sin una indicación clara de las conclusiones que habrán de derivarse; se señala que aún no hay Disposiciones Regulatorias, ni lineamientos ni criterios técnicos, que permitan mayor claridad para el análisis correspondiente.⁴

No obstante, la teoría económica que subyace dicho artículo permite observar que en la delimitación de un mercado relevante se deberán presentar tres dimensiones de las relaciones comerciales que regularmente se llevan a cabo: el bien o servicio particular, el ámbito geográfico, la temporalidad.

Estas tres dimensiones se pueden a su vez resumir de la siguiente manera: un mercado relevante consistirá de aquellos bienes o servicios que se consideran “sustitutos cercanos entre sí”; esto es, dos o más bienes que a la vista de quien los demanda le proveen funcionalidades similares, dentro de un rango de precios similares, y en condiciones equiparables de oportunidad⁵.

Para fines prácticos se sugiere que se identifiquen las “funcionalidades” con base en información estadística disponible (e.g., para calcular elasticidades-precio cruzadas), o con estudios de mercado y de mercadotecnia, mismos que ilustran en gran medida quienes son los consumidores objetivo de un producto, encuestas o entrevistas con las personas encargadas de producción y de comercialización de las empresas, dicha información permite definir con mayor precisión los atributos de un bien y su esfera de competencia en los mercados.⁶

Respecto a la similitud en precios, un rango de precios de $\pm 15\%$ generalmente permite identificar, al menos en primera instancia, si dos bienes se ubican en un mismo mercado relevante debido al impacto que su consumo genera en el presupuesto de quien los adquiere.

En cuanto a la oportunidad, es necesario tener en cuenta que dos empresas o agentes económicos pueden considerarse competidores entre sí en una misma localidad, si sus productos pueden ser adquiridos en dicha localidad en el momento (ya sea puntual o dentro

⁴ El artículo 12 de la Ley establece que en las Disposiciones Regulatorias que se emitan deberá comprenderse el tema de mercados relevantes.

⁵ Otro atributo que debe considerarse es la “**suficiencia**” en el abasto, pero este aspecto se pondera para determinar la presencia actual o potencial de un agente económico o grupo de agentes con poder sustancial.

⁶ El Dr. Rodrigo Morales Elcoro señala que un elemento fundamental para definir un mercado relevante es el comportamiento concreto del consumidor y que en la medida en que esa conducta cambia también se modifica la delimitación del MR. Por ejemplo, nuevas alternativas vía compras por internet modificaron el mercado relevante de artículos de oficina en la conspicua decisión de Staples a Office Depot (2013). Disponible en: http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/statement-commission/131101officedepotofficemaxstatement.pdf.

de un periodo corto de tiempo) que se les necesita o desea, tal posibilidad debe materializarse aun y cuando los productos se manufacturen en localidades distintas.

Mercado relacionado.

Cabe aclarar que la LFCE plantea que en el estudio de presuntas prácticas monopólicas relativas se analicen las implicaciones de una práctica comercial en el mercado relevante y en mercados relacionados. Asimismo, para evaluar una concentración entre dos agentes económicos independientes entre sí, es necesario tomar en cuenta los efectos de dicho acto sobre mercados relacionados. Para pronta referencia se hacen transcripciones conducentes:

Artículo 54. Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

...

III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

...

Artículo 63. Para determinar si la concentración no debe ser autorizada o debe ser sancionada en los términos de esta Ley, se considerarán los siguientes elementos:

I. El mercado relevante, en los términos prescritos en esta Ley;

...

III. Los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, así como en otros mercados y agentes económicos relacionados;

Un mercado relacionado puede entenderse en forma muy genérica como un mercado en que el precio o el abasto está influido de una manera sustancial y no transitoria por las condiciones de competencia en el mercado relevante.⁷ Esta relación puede generarse en dirección inversa, esto es, que las condiciones de competencia en un mercado tienen influencia sustancial y no transitoria sobre el precio o el abasto en el mercado relevante.

En principio un mercado “relacionado” debería configurarse en los mismos términos en que se configura un mercado “relevante”, pues es necesario que se haga una delimitación precisa sobre los productos que pueden ubicarse como sustitutos cercanos en aquél mercado, de tal manera que sea factible evaluar con precisión las condiciones de competencia en dicho mercado. No obstante, en la práctica es usual que se determine un “mercado relacionado con el mercado relevante” en términos más laxos que los aplicados en la delimitación del mercado relevante. Por otra parte, la normatividad actual no precisa

⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado “...para que un bien o servicio esté sustancialmente relacionado con otro es dable entender, que exista entre ambos una **correspondencia esencial** que permita afirmar que **la concentración operada respecto de un producto afecta o tiene relevancia para el otro**, por los **vínculos no accidentales** existentes entre ambos.” Amparo en Revisión 2617/96, p. 291.

las dimensiones de la relación que debe tener un mercado con el mercado relevante para ser considerado como “mercado relacionado”.

Para suplir esta deficiencia del marco legal, podría considerarse en términos amplios o genéricos, que los mercados “relacionados” son aquellos cuyas condiciones de competencia afectan o son afectadas sustancial y regularmente por las condiciones de competencia en el mercado relevante.⁸ No obstante, es recomendable basarse en términos más precisos y considerar que un mercado **definitivamente está “relacionado”** con el mercado relevante, si ambos son eslabones distintos de la misma cadena producción-distribución-comercialización.

Poder sustancial sobre el mercado relevante.

En términos un tanto coloquiales, el poder monopólico o dominante de una empresa se entiende como la capacidad de establecer el precio de venta de una mercancía en un mercado en que hay pocas opciones, o en casos extremos ninguna alternativa, de fuentes de abasto para el usuario o consumidor.

Esta situación la refleja la LFCE en el artículo 59, mismo que se transcribe para pronta referencia:

Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

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;

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 o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

⁸ Por ejemplo, algunos casos de bienes complementarios pudieran ubicarse dentro de esta concepción.

La lectura de este artículo permite observar que en la fracción I se refleja el concepto de poder de mercado que establece la teoría económica, esto es, la capacidad de un agente económico para determinar el precio de venta o el abasto en un mercado, sin que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.⁹ Esta capacidad al ser ejercida le permitirá al agente obtener rentas extra-normales, siendo éstas rentas el objetivo que se presume tiene un agente con poder sustancial.¹⁰

También se observa que la característica señalada en el fracción I, de hecho debería ser la conclusión a que se llegue una vez que analizadas las participaciones de mercado (rubro también señalado en la fracción I) y las barreras de entrada al mercado según lo exige el resto de las fracciones del artículo.

Poder compensatorio de la demanda.

En el análisis de poder sustancial es importante tomar en cuenta que en un mercado interactúan la oferta y demanda para determinar el precio y abasto que se comercia, por lo tanto un elemento adicional para determinar la presencia de un agente con poder sustancial, es la capacidad de negociación o compra de los usuarios o consumidores. Esto es así, porque aun y cuando exista un agente oferente único, el precio y abasto que se determine en el mercado también dependerá de la capacidad de negociación del adquirente, ya que una gran capacidad de negociación en la compra puede contrarrestar la capacidad de imposición de precio o abasto del oferente. La capacidad de compra no es un elemento considerado “literalmente” en el artículo señalado, pero sería un grave error analítico omitirlo.¹¹

Otras barreras a la competencia¹²

La “literalidad” del artículo 63 tampoco exige el análisis de otras barreras que obstaculizan la competencia como son las barreras de expansión o las barreras de salida; sin embargo, este tipo de condicionantes a la competencia generalmente se estudia en la práctica, pues de otra manera se correría el riesgo de arribar a conclusiones imprecisas sobre el entorno en que actúan los agentes económicos. Se podría considerar que el deber de realizar el análisis correspondiente se encuentra “implícito” en el artículo 59.

⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado la definición tradicional de poder de mercado como “...la capacidad para influir sobre el precio de mercado y/o forzar a salir a los rivales.” Amparo en Revisión 2617/96, p. 291-292.

¹⁰ Determinar el nivel de una renta extra-normal no es sencillo, pero una renta normal puede aproximarse con información sobre las ganancias que obtienen empresas en mercados en los que se considere que prevalecen condiciones de competencia efectiva.

¹¹ Obsérvese que en el análisis de concentraciones, dicho elemento sí debe ser tomado en consideración (Ref., artículo 63, III).

¹² Cabe aclarar que este acápite no está relacionado ni se intenta relacionarlo con el concepto de “Barreras al Competencia” (Ref., artículo 3, IV), mismo que siendo novedoso en la LFCE publicada el 23 de mayo pasado, aún permanece sin ser precisado.

Poder sustancial conjunto

El concepto de poder sustancial conjunto o colectivo puede entenderse como la capacidad de establecer el precio o el abasto en el mercado por parte de dos o más agentes económicos. Para estos efectos dichos agentes económicos deben ser independientes – patrimonialmente- entre sí.¹³

El concepto de poder sustancial individual o poder sustancial conjunto será aplicable para fines de análisis de prácticas monopólicas relativas (Ref., art. 54); de concentraciones (Ref., arts. 63 y 64); de condiciones de competencia efectiva para determinar la presencia de insumos esenciales o barreras a la competencia (Ref., art. 94); de condiciones de mercado (Ref., art. 96); de opiniones o resoluciones para otorgamiento de concesiones, permisos, etc., (Ref., art. 98).

Los elementos que confluyen para determinar si dos o más agentes gozan de poder conjunto generalmente se refieren a características y conductas similares de dichos agentes en el mercado. De hecho en la literatura económica que aborda este tema se hace referencia a la presencia de “efectos coordinados” o “coordinación o colusión tácita”¹⁴.

La precisión y transparencia en la metodología y en los parámetros a considerar para determinar poder sustancial conjunto reviste singular importancia ya que su aplicación puede dar lugar a decisiones controversiales.

Aplicación en concentraciones.

De acuerdo a la LFCE la Cofece puede negar/objetar o condicionar una concentración si la consumación de la misma afectará el proceso de competencia y libre concurrencia, en particular si como resultado de la misma se genera o fortalece el poder sustancial de un agente económico o se cambian las condiciones de mercado para facilitar la comisión de prácticas anticompetitivas. Para pronta referencia se transcriben artículos conducentes:

Artículo 62. Se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

...

¹³ Dos agentes económicos que legalmente son independientes entre sí, pero que tienen relaciones patrimoniales que los vinculan pueden considerarse como parte de un mismo grupo de interés económico y dejan de ser independientes entre sí para efectos del análisis de poder conjunto.

¹⁴ Al respecto se sugiere consultar:

-Kolasy, W. J. “Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks.” The ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington, D.C., April 24, 2002.

-Morales E., Rodrigo “Poder Sustancial de Mercado, Individual/Conjunto. Definición, Estimación y Aplicación.” Noviembre, 2012.

Artículo 64. La Comisión considerará como indicios de una concentración ilícita, que la concentración o tentativa de la misma:

- I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o Agente Económico resultante de la concentración, poder sustancial en los términos de esta Ley, o incremente o pueda incrementar dicho poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica;*
- II. Tenga o pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros Agentes Económicos, o*
- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por esta Ley, y particularmente, de las prácticas monopólicas.*

Por ejemplo, una concentración en la que el agente resultante no adquirirá poder individual de mercado, podría ser negada o condicionada por la Cofece si se acredita “razonablemente” que la concentración modificará la estructura del mercado y facilitará la “coordinación tácita” entre dos o más agentes independientes entre sí, de tal forma que el precio o el abasto que se determine en el mercado será similar al que resultaría por la presencia de un agente económico con poder individual de mercado.¹⁵ Decisiones análogas podrían resultar en el resto de procedimientos, señalados anteriormente, en que se exige la evaluación de las condiciones de competencia en un mercado relevante.

Adicionalmente, resulta indispensable que la Cofece establezca con la mayor claridad factible cuáles serían los indicios aplicables para considerar similitud en características de los agentes y sus conductas de “coordinación tácita”, así como la diferencia entre la “colusión tácita” y los actos colusivos comprendidos en el artículo 53 de la LFCE, mismo que se transcribe para pronta referencia:

Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;*
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;*
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;*
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y*

¹⁵ Sobre la problemática de la aplicación de este concepto se puede consultar la resolución a la concentración radicada en el expediente CNT-010-2013 y la resolución al recurso de reconsideración en el expediente RA-029-2013. En <http://www.cfc.gob.mx/cofece/index.php/resoluciones-y-opiniones>

- V. *Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.*

Comentarios finales

En la presente nota se reseña el procedimiento aplicable a la notificación de concentraciones en México incluyendo la definición de las operaciones sujetas al examen previo previsto en la Ley, los casos de excepción ya sea por el tamaño o la naturaleza de la operación, y la normatividad aplicable que rige la documentación que debe proveerse, las etapas del procedimiento y los plazos de resolución, así como las contingencias jurídicas en que se incurriría en caso de omisión.

En la aplicación de la LFCE se habrán de tomar en cuenta aspectos que subsanen algunas “lagunas” con la finalidad de realizar un análisis de mayor consistencia con la teoría económica. Los aspectos apuntados en este documento hacen referencia a:

- i) identificar con mayor precisión elementos que permitan determinar un mercado relevante y un mercado relacionado;
- ii) considerar el poder compensatorio de la demanda así como las barreras de expansión y salida al determinar la presencia de un agente económico con poder sustancial de mercado; y,
- iii) identificar con claridad la metodología y criterios aplicables a las similitudes en características y conductas de los agentes económicos, considerando los “*efectos coordinados o coordinación tácita*”, así como distinguir tales efectos de los actos colusivos tipificados como prácticas monopólicas absolutas al determinar poder sustancial conjunto sobre el mercado.