

LINEAMIENTOS PARA EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. MEDICIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE	3
II.1. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE	3
II.2. IDENTIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE PARTICIPAN EN EL MERCADO RELEVANTE	7
II.3. CÁLCULO DE LAS PARTICIPACIONES DE MERCADO	7
II.4. CONCENTRACIÓN Y PARTICIPACIONES DE MERCADO	8
III. EVALUACION DE TEORÍAS DEL DAÑO.....	9
III.1. EFECTOS UNILATERALES	10
III.2. EFECTOS COORDINADOS	12
IV. BARRERAS A LA ENTRADA.....	15
V. OTROS FACTORES A CONSIDERAR	17
V.1. COMPETENCIA PROVENIENTE DE PRODUCTOS IMPORTADOS	17
V.2. PODER DE COMPRA COMPENSATORIO	17
V.3. RESTRICCIONES ACCESORIAS.....	18
VI. GANANCIAS DE EFICIENCIA	19
VII. EMPRESAS EN DECADENCIA.....	20
VIII. CONCENTRACIONES VERTICALES	20
IX. CONCENTRACIONES DE CONGLOMERADO	22

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente documento es describir los criterios generales que seguirá la autoridad de aplicación de la ley 25.156 (la "Autoridad de Aplicación") para el análisis de las concentraciones económicas que le sean notificadas en virtud de lo dispuesto en la mencionada ley y su reglamentación. Estos lineamientos serán utilizados por la Autoridad de Aplicación para contribuir a que sus decisiones resulten más predecibles para los particulares, sin perjuicio de su aplicación caso por caso y de la utilización de métodos complementarios que puedan ir desarrollándose en el futuro.

El artículo 7° de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 prohíbe aquellas "concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

La mayor parte de las operaciones de concentración económica, sin embargo, no genera ningún tipo de perjuicio para el interés económico general. Esto se debe a que muchas veces las concentraciones no crean ni incrementan el poder de mercado de las empresas involucradas, debido a que existe un número importante de competidores en el mercado o a que existen condiciones que facilitan el ingreso de nuevas empresas. No obstante, también puede darse que una concentración perjudique al interés económico general, cuando ella genera o fortalece un poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio del bien que se comercializa.¹ Ello es así porque todas las unidades de un bien que se consumen en una economía competitiva de mercado generan un valor social neto positivo. La sociedad valora esas unidades consumidas más de lo que cuesta producirlas; de otro modo, los bienes no serían consumidos, puesto que el precio que los consumidores estarían dispuestos a pagar por ellos (el cual refleja la valoración que los consumidores dan al bien) sería menor que el precio que exigirían los productores (el cual, en un entorno competitivo, refleja el costo de producir el bien). Por lo tanto, cuando la oferta de un bien se restringe mediante el ejercicio de poder de mercado, se dejan de consumir unidades que antes generaban un valor social neto positivo, con lo cual la sociedad en su conjunto se ve perjudicada.

Con el fin de determinar si el poder de mercado de las empresas involucradas en la concentración aumenta como consecuencia de ella, la evaluación estará principalmente orientada hacia la competencia que se desarrolla a través de los precios. Sin embargo, cuando una operación de concentración afecte un mercado en el cual la competencia no se manifiesta principalmente a través de los precios (por ejemplo, mercados en los cuales se compite por la variedad de productos, por la innovación en dichos productos, por servicios adicionales que se prestan en relación con un producto, o por calidad del producto o servicio en cuestión), se evaluará también el impacto de la misma sobre las variables que resulten representativas de los beneficios derivados del proceso competitivo.

Se presentan a continuación dos hipótesis típicas en las que, como consecuencia de una operación de concentración, se genera la posibilidad de ejercer poder de mercado en detrimento de los consumidores:

— Cuando, como consecuencia de la operación, se genera o fortalece el poder de mercado del que unilateralmente gozan las empresas involucradas en la concentración.

¹ Existen también casos en los que una operación de concentración fortalece el poder de mercado de una firma, pero paralelamente genera ganancias de eficiencia tales que el precio termina siendo más bajo que antes de la operación. En esos casos se considera que la operación no afecta el interés económico general. Esta situación excepcional se analizará en el Capítulo VI, al tratar las ganancias de eficiencia.

En este caso, las empresas involucradas podrán influir sobre los precios y cantidades que se comercializan en el mercado. Dada esta situación, las empresas gozarán de la posibilidad de aumentar sus beneficios vía un aumento en los precios del producto relevante (efectos unilaterales).

— Cuando, como consecuencia de la concentración, se generan condiciones propicias para que, de manera coordinada con las restantes empresas que participan en el mercado, las empresas involucradas en la operación gocen de la posibilidad de ejercer poder de mercado (efectos coordinados).

Cabe agregar que, a la hora de analizar el impacto de una concentración sobre el interés económico general, debe atenderse también a las eventuales ganancias de eficiencia derivadas de la operación (tales como la concreción de economías de escala o alcance)² y a los beneficios que esas ganancias signifiquen para los consumidores de la República Argentina.

Las operaciones de concentración pueden ser horizontales, verticales o de conglomerado.³ Se considera que existe una relación horizontal entre empresas cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios sustitutos. En cambio, nos encontramos frente a una relación vertical entre empresas cuando estas actúan en distintas etapas de la producción o prestación de un mismo bien o servicio. Nótese que no es necesario que exista una relación comercial efectiva entre ambas empresas (es decir, no es necesario que una sea realmente cliente de la otra) para que se considere que ellas están verticalmente relacionadas. Finalmente, una concentración de conglomerado comprende operaciones donde las partes no están relacionadas horizontal ni verticalmente.⁴

En general, estos lineamientos se refieren a las concentraciones horizontales, pero ellos son también aplicables a los otros tipos de concentraciones. Se hacen consideraciones particulares al respecto en los capítulos VIII y IX.

II. MEDICIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE

II.1. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

A los efectos de establecer si una concentración limita o no la competencia, resulta muchas veces necesario delimitar el mercado que se verá afectado por la operación. Este mercado, que se denomina mercado relevante, comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico.

En algunos casos, sin embargo, se da que una operación de concentración puede ser evaluada sin necesidad de definir de manera taxativa el o los mercados relevantes afectados por la misma. Ese suele ser el caso de las concentraciones cuyo nivel de impacto sobre la competencia es muy bajo, por cuanto en tales situaciones se da generalmente que, en varias posibles y plausibles definiciones de mercado relevante, el efecto sobre la competencia resulta insignificante.

² Se observan economías de escala cuando el costo medio unitario de producción de un bien disminuye a medida que aumenta la cantidad producida del mismo bien. Por economías de alcance se entiende que el costo de producción de dos bienes en forma conjunta es menor a la suma de los costos de producir cada uno de los dos bienes de modo independiente. El último concepto es aplicable, por ejemplo, en los casos en que las firmas objeto de la operación de concentración tengan líneas de producción complementarias.

³ En rigor, una operación de concentración también puede presentar al mismo tiempo relacionamientos horizontales, verticales y de conglomerado, si es que las empresas que se concentran ofrecen más de un producto.

⁴ Por ejemplo, una empresa siderúrgica que adquiere una empresa distribuidora de alimentos.

El mercado relevante del producto

Se puede afirmar que el mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por quienes demandan dichos bienes o servicios, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el bien producido por las empresas que se concentran es sustituible por otros bienes, entonces el poder de mercado de las mismas se verá limitado por la conducta de los consumidores. En efecto, dichas empresas no podrán aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar un traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes alternativos. En definitiva, los bienes que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, con lo cual lo correcto es incluirlos dentro de un mismo mercado.⁵

A los efectos de considerar la posible respuesta de los consumidores ante un aumento en el precio relativo del bien o servicio, se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otros bienes como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes (por ejemplo, calidad),
- b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintos productos ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes;
- c) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otros bienes.
- d) las características de los consumidores de estos bienes, su posible división en segmentos o “nichos”, y la existencia de discriminación de precios entre dichos segmentos.

Mediante el relevamiento de la información precitada, el mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.⁶

De particular importancia para la determinación del mercado relevante del producto es el precio del bien en cuestión. En principio, en los análisis de concentraciones se debe considerar el precio de mercado vigente en el momento de la operación. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, si dicho precio es monopolístico, es probable que el consumidor considere como sustituto del bien en cuestión otro producto que se ofrece a un precio competitivo. Si el producto en cuestión también fuese ofrecido a un precio competitivo, entonces el segundo producto no sería percibido por el consumidor como sustituto del primero. En un caso así, la definición del mercado de producto no debería incluir a aquellos productos que son sustitutos del producto en cuestión sólo porque éste se ofrece a un precio supra-competitivo.

A continuación, se presenta un ejemplo del procedimiento a utilizarse para definir el

⁵ Nótese que esta definición se basa en la idea de que los productos incluidos dentro del mismo mercado relevante no solo deben ser sustitutos entre sí desde el punto de vista funcional, sino que además deben ser buenos sustitutos desde el punto de vista económico para un número suficientemente grande de demandantes.

⁶ Si bien el concepto exacto de un aumento de precios “pequeño, aunque significativo y no transitorio” podrá variar según lo indiquen las particularidades del mercado analizado, puede interpretarse que, en general, el mismo representa un aumento de precios en un rango del 5% al 10% en términos reales, que se mantenga durante un período no inferior al año.

mercado relevante del producto. Supongamos que dos empresas productoras de bebidas gaseosas deciden fusionarse. En este caso, se debe examinar si diferentes sabores de gaseosas pertenecen al mismo mercado. La pregunta práctica a realizar es si los consumidores del sabor A estarían dispuestos a consumir otro sabor ante un aumento permanente del 5% al 10% en el precio de ese sabor. Si una cantidad considerable de consumidores cambia su consumo a la gaseosa de sabor B, de tal modo que el incremento de precios de A no es beneficioso por la caída en las ventas, el mercado relevante del producto debe incluir, al menos, los sabores A y B. Este proceso debe continuar hasta que el incremento permanente de precios del conjunto de bienes (en este caso A y B) no provoca cambios importantes en la cantidad demandada y por lo tanto el aumento de precio es beneficioso.⁷

En forma complementaria a la sustitución por el lado de la demanda, la sustitución por el lado de la oferta también podrá ser tenida en cuenta para definir el mercado relevante. Esto requiere que existan empresas con capacidad de reorientar su producción en un plazo relativamente corto, y de ofrecer productos similares a los de las empresas que participan de una concentración económica, como respuesta a un incremento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios. Cuando esto se da, entonces la producción adicional ofrecida puede tener un efecto disciplinador sobre la conducta competitiva de las empresas que participan en una operación de concentración.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la definición del mercado relevante del producto se realizará en cada caso en particular y que, por lo tanto, puede ocurrir que dos operaciones de concentración distintas, referidas al mismo sector económico, sean analizadas usando diferentes definiciones de mercado del producto.⁸

Un tipo particular de mercado, que también admite distintas definiciones, es el que involucra a las denominadas “plataformas multilaterales” (*multi-sided platforms*). Dichas plataformas son mercados en los cuales los participantes que pertenecen a diferentes “lados” no interactúan entre sí sino a través de la plataforma, y eso permite generar valor a través de la interacción entre participantes que se encuentran en lados distintos de la misma.⁹ Según el tipo de plataforma de que se trate, es posible que la misma sea considerada como un mercado en sí, o bien que cada lado de la plataforma sea considerado como un mercado relevante distinto. Esto se debe a que la sustitución entre distintos oferentes de la misma plataforma (o entre distintas plataformas) puede ser muy diferente para los demandantes que se encuentran de un lado o de otro.¹⁰

⁷ En algunos casos, si existe información adecuada, este tipo de análisis puede llevarse a cabo a través de estimaciones económicas de demanda, que permitan estimar valores para las elasticidades de dichas demandas respecto de los precios de los productos involucrados.

⁸ Un ejemplo de esto puede ser la adquisición de un productor de un conjunto de bienes (por ejemplo, bebidas gaseosas) por parte de otro productor que provee el mismo conjunto de bienes. En tal caso resulta posible considerar como mercado relevante al conjunto de dichos bienes como un todo. Si, en cambio, la empresa objeto de la adquisición solo provee un bien específico (por ejemplo, gaseosa con sabor a naranja), entonces probablemente sea mejor limitar el mercado relevante a ese último producto, y no a las demás bebidas gaseosas (salvo que se considere que existe una sustitución muy fuerte entre la gaseosa con sabor a naranja y otras gaseosas de otros sabores).

⁹ Por ejemplo, en un mercado de servicios de intermediación inmobiliaria, un lado de la plataforma está representado por los vendedores de inmuebles, en tanto que el otro lado de la plataforma está representado por los compradores interesados en adquirir dichos inmuebles (que se conectan con los vendedores a través de los intermediarios inmobiliarios).

¹⁰ Por ejemplo, los mercados de diarios y revistas pueden ser vistos como plataformas en las cuales participan por un lado los lectores, y por otro lado los anunciantes que publican avisos publicitarios. Puede ocurrir que, desde el punto de vista de un lector, dos publicaciones distintas tengan un grado de sustitución mucho mayor o mucho menor que el grado de sustitución que percibe un anunciante que está evaluando publicar un aviso en alguna de dichas publicaciones.

El mercado geográfico relevante

Una vez definido el mercado relevante del producto, se deberá delimitar el mercado geográfico relevante. Este último se entenderá como la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto.

Es particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas participantes en la concentración pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado.

También podrá aplicarse, de manera análoga, el criterio de sustitución por el lado de la oferta, cuando exista alguna empresa que ofrece sus productos en determinada área geográfica pero puede ingresar fácilmente con dichos productos a otra área en la que operan otras empresas. En esos casos puede resultar conveniente considerar ambas áreas como un único mercado geográfico relevante.

En cuanto a la información necesaria para definir el mercado geográfico relevante, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes;
- b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre la base de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes;
- c) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otras regiones geográficas.
- d) los volúmenes realmente comerciados de los productos que se trasladan de una región a otra.

Mediante el relevamiento de la información precitada, la definición del mercado geográfico relevante comenzará por considerar a las regiones en las que operan las empresas participantes en la concentración, para luego analizar la existencia de sustitución de la demanda entre los productos o servicios de éstas y los comercializados en otras localidades.

Si bien en la mayoría de los casos los mercados geográficos relevantes tienen una dimensión nacional o subnacional, existen también situaciones en las cuales el mercado a analizar puede tener una dimensión mayor que la definida a nivel nacional. Esto ocurre, por ejemplo, cuando existe simultáneamente un nivel significativo de importaciones y exportaciones entre un país y otro (de modo que las empresas que operan en el primer país destinan al otro país un volumen sustancial de sus ventas, y las empresas que operan en el segundo país también son oferentes significativos en el primer país).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la definición del mercado geográfico relevante se realizará en cada caso en particular y que, por lo tanto, puede ocurrir que dos operaciones de concentración distintas, referidas al mismo sector económico, sean

analizadas usando diferentes definiciones de mercado geográfico relevante.¹¹

II.2. IDENTIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE PARTICIPAN EN EL MERCADO RELEVANTE

Una vez definido el mercado relevante, se procederá a identificar a las empresas que participan en él. En primer lugar, se incluirán todas aquellas empresas que produzcan o vendan bienes de producción nacional o extranjera en el mercado relevante al momento de la concentración.

Adicionalmente, se identificarán otras empresas que no se encuentren ofreciendo el producto en cuestión al momento de la concentración, pero que podrían ingresar al mercado relevante con relativa facilidad si se dieran las condiciones favorables para ello (por ejemplo, ante un incremento de precios). Estas empresas serán denominadas competidores potenciales inmediatos, y servirán para definir el grado de sustitución por el lado de la oferta.¹²

Se entenderá que un ingreso puede efectuarse con relativa facilidad cuando no sea necesario incurrir en importantes costos hundidos de entrada.¹³ No se considerará competidores potenciales inmediatos a aquellos oferentes que enfrenten dificultades significativas para distribuir el producto en el mercado relevante,¹⁴ o que deban incorporar nuevas instalaciones de producción o distribución para competir en el mismo.

Pueden existir también competidores potenciales que no puedan ingresar fácilmente al mercado relevante ya que deben incurrir en costos hundidos o necesitan más tiempo para hacerlo. Estos posibles entrantes serán considerados competidores potenciales mediatos, y su inclusión en el análisis será explicada en el Capítulo IV (al hacerse referencia a la existencia de barreras a la entrada en el mercado relevante).

II.3. CÁLCULO DE LAS PARTICIPACIONES DE MERCADO

Las participaciones de mercado de todas las empresas que participan actualmente en el mercado relevante y las de aquellas identificadas como competidores potenciales inmediatos se calcularán sobre la base de su nivel de ventas, de su producción o de la capacidad productiva que se destina o se podría destinar al mercado relevante.

Las participaciones de mercado podrán ser expresadas tanto en pesos, a través de la

¹¹ Un ejemplo de esto puede ser la adquisición de un productor de un bien que opera en todo el territorio nacional versus la adquisición de un productor del mismo bien que opera en una zona determinada del país. Es en principio posible que en el primero de tales casos se considere que el mercado relevante tiene una dimensión nacional, y que en el segundo se considere que el mercado relevante tiene una dimensión subnacional.

¹² Un ejemplo de sustitución por el lado de la oferta para definir el mercado relevante es el papel. Este producto se ofrece en distintas calidades, desde papel estándar para escritura a papel de alta calidad para imprimir libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda el papel de una calidad en general no puede sustituir al papel de otra calidad, ya que cada calidad corresponde a un uso específico (un libro de arte no se puede imprimir utilizando papel de baja calidad). Sin embargo, las plantas productoras de papel pueden ajustar fácil y rápidamente la producción de calidades de papel. Si no existen problemas en la distribución de papel de distintas calidades. La definición de mercado relevante debería abarcar al papel en general y no a cada calidad de papel. De esta manera todas las calidades de papel deben ser incluidas en la definición de mercado relevante y sus ventas sumadas para estimar el tamaño del mercado y las participaciones en el mismo de cada empresa.

¹³ Serán considerados costos hundidos los derivados de la adquisición de activos tangibles e intangibles cuyo costo no pueda ser recuperado fuera del mercado relevante; es decir, activos cuyo valor residual sea prácticamente nulo fuera de dicho mercado.

¹⁴ Por ejemplo, si la inversión necesaria en publicidad para imponer una marca es significativa, se entenderá que no es posible introducir competencia en un período de tiempo lo suficientemente breve.

medición de las ventas, como en unidades físicas, mediante la medición de producción capacidad instalada o reservas (esto último en el caso de los recursos naturales). La elección de una u otra manera de calcular las participaciones dependerá del modo en que mejor se refleje la capacidad competitiva de las empresas dadas las características particulares del mercado bajo análisis.

El valor monetario de las ventas será generalmente utilizado en aquellos casos en los que las empresas se distingan principalmente mediante la diferenciación de sus productos. Las unidades físicas vendidas o producidas serán generalmente utilizadas en aquellos casos en que el producto sea homogéneo y las empresas se distingan principalmente en base a los compradores o grupos de compradores a los cuales abastecen. Por su parte, la capacidad instalada de producción será utilizada como un dato complementario en aquellos casos en los que exista capacidad ociosa, si dicho dato refleja de un modo más fidedigno las posiciones relativas de las empresas en el mercado relevante.

En cuanto a la temporalidad de los datos empleados, se utilizarán estadísticas mensuales, anuales o con la periodicidad que se estime necesaria a los efectos de reflejar adecuadamente las características del mercado relevante.¹⁵ Generalmente, se utilizarán datos correspondientes a los años anteriores a la concentración, aunque ello variará según lo indique la naturaleza del mercado analizado.

El análisis de participaciones de mercado será llevado a cabo en el entendimiento de que una operación de concentración entre empresas con cuotas de mercado reducidas es muy difícil que genere problemas de competencia que impliquen un perjuicio para el interés económico general. Es por ello que, en general, puede considerarse que una operación entre empresas cuya participación de mercado conjunta es menor al 20% no debería generar preocupación en términos de reducción de la competencia, ya que existe todo otro conjunto de empresas que abarcan más del 80% del mercado y que no están participando en la operación bajo análisis.

II.4. CONCENTRACIÓN Y PARTICIPACIONES DE MERCADO

La concentración del mercado es una función del número de empresas que participan en él y de sus participaciones. La existencia de un elevado grado de concentración en el mercado relevante, o de un incremento significativo en el mismo como consecuencia de la operación de concentración económica, es una condición necesaria, pero no suficiente, para que la operación sea objetada. Si la concentración en el mercado relevante no alcanza niveles demasiado elevados después de la operación, la competencia existente debería limitar el ejercicio de poder de mercado que las empresas intervinientes en la operación podrían adquirir como consecuencia de ella.

Como herramienta para la medición de la concentración del mercado, se utilizará principalmente el Índice de Herfindahl-Hirschmann (IHH).¹⁶ Este índice se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones en el mercado, y tiene la ventaja de otorgarle un mayor peso relativo a las participaciones de las empresas mayores. Los valores del IHH pueden oscilar entre 0 (mercado completamente atomizado) y 10.000 (mercado monopolístico).

¹⁵ Por ejemplo, en aquellos mercados en los que las ventas se realicen de forma esporádica, puede resultar conveniente estimar las participaciones considerando períodos mayores de tiempo.

¹⁶ Este nombre se debe a la obra de los economistas Orris Herfindahl y Albert Hirschman, quienes propusieron indicadores similares en sendos trabajos llevados a cabo en los años 1950 y 1945, respectivamente.

Para determinar en qué medida la operación puede restringir la competencia en el mercado relevante, se analizarán los niveles de concentración antes y después de la operación. No obstante, se evaluará también la tendencia del nivel de concentración a lo largo del pasado reciente. En los casos en los que la medición del nivel de concentración pueda subestimar o sobrestimar el impacto potencial de la operación bajo análisis,¹⁷ se complementarán las mediciones de concentración con los cambios que, de un modo razonablemente predecible, se esperen en el mercado relevante en un futuro cercano.

Una característica que vuelve muy improbable que en un mercado se produzcan restricciones a la competencia es que el IHH después de la operación sea menor a 2000 puntos, ya que eso refleja un nivel de concentración equivalente al de un mercado con cinco empresas igualmente importantes.

Otra situación que también sirve para descartar posibles efectos anticompetitivos tiene que ver con los casos en los cuales se produce un incremento escaso en el valor del IHH, especialmente cuando al mismo tiempo se verifica que la participación de mercado conjunta de las empresas que se concentran es relativamente baja. En particular, si el aumento que se produce en el IHH es menor a 150 puntos, y la participación conjunta de las empresas involucradas es menor al 50%, eso también se tomará como un indicador de que la operación de concentración bajo análisis no despierta preocupaciones desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Eso se debe a que una operación de ese tipo tiene un efecto equivalente al de una concentración entre dos empresas cuyas participaciones fueran del 8,7% cada una, y que por lo tanto generarían la aparición de una nueva empresa cuya participación no superaría el 18% del mercado.

III. EVALUACION DE TEORÍAS DEL DAÑO

Además de los cambios que se registren en los niveles de concentración, existen ciertos factores particulares que serán considerados a los efectos de ponderar el posible perjuicio que pueda surgir como consecuencia de la operación. Los mismos pueden enmarcarse en distintas “teorías del daño” que una operación de concentración puede generar sobre la competencia en los mercados, creando de ese modo un perjuicio al interés económico general. La teoría del daño que la Autoridad de Aplicación considerará en cada caso dependerá del tipo de operación de concentración de que se trate, así como de las características del mercado en cuestión.

Cabe aclarar que, en el análisis del posible daño que puede causarle a la competencia una operación de concentración económica, la perspectiva adoptada por la Autoridad de Aplicación es de carácter prospectivo y preventivo, ya que tiene lugar antes de que la operación en cuestión produzca efectos sobre el mercado. Esto implica una clara diferencia con el tipo de análisis que se lleva a cabo en los casos de conductas anticompetitivas, que se realiza generalmente una vez que las conductas en cuestión ya generaron un perjuicio al interés económico general.

En términos generales, puede pensarse que los posibles efectos negativos de una operación de concentración tienen que ver con la aparición de efectos unilaterales y de

¹⁷ Por ejemplo, el IHH puede sobrestimar el impacto de una operación en mercados con una elevada tasa de introducción de nuevas tecnologías que impliquen la reducción de la vida útil de los bienes o servicios actualmente comercializados.

efectos coordinados.¹⁸ Dichos efectos serán analizados por separado en las siguientes secciones del presente capítulo.

III.1. EFECTOS UNILATERALES

Creación o refuerzo de una posición dominante

Una de los principales efectos unilaterales sobre la competencia que puede tener una operación de concentración económica es la creación o refuerzo de una posición dominante en un mercado. El artículo 4° de la Ley 25.156 define que una empresa tiene posición dominante cuando es la única oferente o demandante en un mercado o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial. El artículo 5° de la misma ley, por su parte, menciona varios criterios para establecer la existencia de una posición dominante, como por ejemplo la baja sustituibilidad de un producto por otros, la existencia de restricciones normativas que limitan el acceso de otros productos al mercado, y la ausencia de poder compensatorio por parte de competidores de una empresa.

La existencia de una posición dominante también puede ser evaluada de manera aproximada utilizando criterios cuantitativos basados en las participaciones de mercado de las empresas.¹⁹ Dichos criterios sirven, por ejemplo, para descartar casos de creación o refuerzo de una posición dominante en situaciones en las cuales las empresas involucradas tienen una cuota de mercado conjunta inferior a la de otra empresa que opera en el mismo mercado. También pueden utilizarse para capturar posibles efectos de operaciones que aumentan o reducen la distancia relativa entre la empresa de más participación y la segunda empresa en importancia.

Sustitución entre variedades en mercados de productos diferenciados

Otro efecto unilateral sobre la competencia que puede resultar significativo es el que afecta la sustitución entre variedades en mercados de productos diferenciados. En dichos mercados existen diferencias entre los productos ofrecidos por las distintas empresas oferentes, que pueden deberse a su ubicación geográfica, su marca u otras particularidades de dichos productos (especificaciones técnicas, calidad, nivel de servicio, etc.).

En aquellos mercados donde se identifique la existencia de productos diferenciados, se analizará la posibilidad de que una concentración económica cree o refuerce poder de mercado por parte de las empresas involucradas cuando los productos ofrecidos por estas empresas sean sustitutos relativamente cercanos. Por el contrario, si los productos ofrecidos por las empresas involucradas, aun estando en el mismo mercado relevante, son sustitutos más lejanos, entonces la posibilidad de efectos adversos sobre la competencia se reduce.

¹⁸ En rigor, esto es así para el caso de las concentraciones horizontales. En las concentraciones verticales y de conglomerado también pueden aparecer daños a la competencia originados en el “cierre anticompetitivo de los mercados”, tal como se verá en los Capítulos VIII y IX de los presentes lineamientos.

¹⁹ Uno de dichos criterios es el propuesto por los economistas Arie Melnik, Oz Shy y Rune Stenbacka (“Assessing Market Dominance”; *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol 68, pp 63-72, 2008), que establece un “umbral de dominancia” basado en el cómputo de las participaciones de las dos empresas con mayor cuota de mercado.

Un ejemplo de este tipo de fenómenos aparece en mercados donde existe diferenciación por calidad. Una operación de concentración que involucra productos de similar calidad (por ejemplo, dos marcas de automóviles de lujo) es susceptible de generar un efecto sobre la competencia más grande que una operación que involucra productos de calidad diferente (por ejemplo, una marca de automóviles de lujo y una marca de automóviles económicos).

Si se dispone de información adecuada, los efectos de este tipo de concentraciones en mercados de productos diferenciados pueden medirse utilizando algunos indicadores cuantitativos tales como el índice de presión alcista de precios (IPAP).²⁰ Este indicador busca estimar el efecto de una concentración sobre los precios de los distintos productos comercializados por las empresas involucradas en un mercado, a fin de aproximar el incentivo que tienen las empresas para incrementar sus precios de venta después de una operación de concentración. Si el valor de este indicador resulta negativo para todos los productos analizados, entonces puede considerarse que la concentración bajo estudio no genera un riesgo significativo para la competencia en el mercado.

Uno de los elementos más importantes de la fórmula del IPAP es el cociente de desvío de ventas (*diversion ratio*). El mismo mide la fracción de ventas perdidas de un producto, a causa de un posible aumento de precio, que se ven desviadas hacia el otro producto. De ese modo, un mayor cociente de desvío indica una mayor probabilidad de que alguna de las empresas involucradas en una concentración aumente unilateralmente los precios, ya que una parte importante de ese desvío terminará en los productos de la otra empresa involucrada.

Además del índice de presión alcista de precios, existen otros indicadores que pueden ser utilizados para evaluar la sustitución entre variedades en mercados de productos diferenciados. Si se dispone de la información para hacerlo, dicha sustitución puede ser analizada aplicando procedimientos de simulación, experimentos naturales, encuestas de consumo, etc. En todos los casos, sin embargo, el procedimiento utilizado deberá basarse en principios económicos sólidos, adaptarse a las circunstancias del mercado, y ser consistente con la evidencia cualitativa disponible.

Características de los restantes competidores en el mercado relevante

Otro aspecto a ser considerado en el análisis de efectos unilaterales es si, después de la concentración, la iniciativa individual de los restantes competidores en el mercado impondrá una restricción al ejercicio de poder de mercado de las empresas que intervienen en la operación, que implique la presencia de una presión competitiva eficaz. A tales efectos, se evaluarán las prácticas competitivas comúnmente empleadas en el mercado relevante, especialmente aquellas relacionadas con las políticas de precios y de descuentos, el grado de innovación existente en las técnicas de marketing y distribución y las prestaciones de servicios complementarios al producto relevante. En aquellos mercados en los que se verifique que la competencia en algunas de las variables mencionadas es significativa, y que la mayoría de los competidores hace uso de ellas, se considerará que ello puede atenuar el posible perjuicio que pueda resultar como consecuencia de la concentración. Por el contrario, en aquellos mercados en los cuales

²⁰ Este indicador fue propuesto originalmente por los economistas Joseph Farrell y Carl Shapiro ("Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition"; *B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol 10, nro 1, 2010), y surge de aplicar una fórmula en la cual se incorporan el margen entre el precio y el costo marginal de los productos involucrados, los precios relativos de dichos productos, la ganancia de eficiencia inducida por la concentración, y el cociente de desvío de ventas entre unos productos y otros.

los competidores tiendan a aceptar la estabilidad y a comportarse de un modo acorde con la estrategia impuesta por las empresas líderes, los posibles perjuicios que puedan derivar de la concentración se considerarán agravados.

Eliminación de un competidor vigoroso y efectivo

En aquellos casos en los que la concentración analizada signifique la eliminación de un competidor cuya conducta competitiva es probadamente vigorosa y efectiva en el mercado relevante, se considerarán agravados los posibles perjuicios al interés económico general.²¹ Cabe señalar que no hace falta que una empresa sea una de las más grandes del mercado para que se la considere un competidor vigoroso y efectivo; esa característica se relaciona principalmente con la influencia que la empresa ejerce sobre el grado de competencia existente en el mercado relevante. Para determinar si el competidor eliminado es vigoroso y efectivo podrán considerarse, entre otros, los siguientes aspectos:

- i) grado de innovación del competidor eliminado en relación con los productos ofrecidos, las técnicas de distribución y marketing, etc.,
- ii) tipo de competencia existente en el mercado entre el competidor eliminado y las empresas involucradas en la concentración,²²
- iii) agresividad de las estrategias de fijación de precios y de aplicación de descuentos por parte del competidor eliminado;
- iv) antecedentes del competidor eliminado en relación con el seguimiento de liderazgo de precios o la adhesión a determinados intentos de estabilizar el mercado;
- v) evaluación de la conducta del competidor eliminado para determinar si constituye una fuerza competitiva en un mercado proclive a la acción interdependiente;
- vi) evaluación del desempeño reciente del competidor eliminado, a los efectos de determinar si ha ganado un espacio significativo en el mercado o si su posición le permite hacerlo en un futuro cercano.

III.2. EFECTOS COORDINADOS

Colusión explícita y tácita

Los principales efectos coordinados que puede generar una operación de concentración son aquellos que facilitan la colusión entre empresas que operan en el mismo mercado, sea en forma explícita o tácita. La colusión explícita consiste en un acuerdo entre competidores con el objetivo de fijar precios o cuotas de mercado, o bien repartirse clientes, o llevar a cabo algún otro tipo de conducta que implique un acuerdo para no competir. Esta coordinación es en general violatoria del artículo 1º de la Ley N° 25.156.

La colusión tácita, en cambio, se refiere a un equilibrio de mercado en el cual los

²¹ Esta sección ha sido incluida dentro del grupo de factores que tienen que ver con los posibles efectos unilaterales de una concentración. Sin embargo, la eliminación de un competidor vigoroso y efectivo también puede generar efectos coordinados, si es que la misma sirve para facilitar la colusión explícita o tácita entre las empresas que operan en algún mercado.

²² Por ejemplo, en los mercados en los cuales la competencia tiene lugar a través de procedimientos de licitación o subasta, la eliminación de un competidor vigoroso y efectivo puede tener un efecto mucho mayor que el que tiene lugar en mercados en los cuales la competencia tiene que ver con otras variables tales como la calidad o la publicidad.

competidores, aun sin que exista un acuerdo, se comportan como si este existiera. Sin embargo, cada empresa, de manera individual, elige el precio a fijar y la cantidad que desea vender, por lo cual, en principio, la colusión tácita no es una conducta sancionable en el marco de la Ley N° 25.156. Esto no implica, sin embargo, que la colusión tácita no pueda restringir o distorsionar la competencia en un mercado, y es por eso que, para evaluar los efectos de una operación de concentración económica, puede ser importante tener en cuenta si la misma facilita o disuade la aparición de conductas tácitamente colusivas.

Puede considerarse que, en general, la probabilidad de ocurrencia de las conductas colusivas aumenta cuando se dan ciertas características que facilitan, no solo los acuerdos entre competidores, sino también la sostenibilidad de estos. Entre estas características pueden mencionarse el número de empresas en el mercado, la similitud entre la escala de dichas empresas, la homogeneidad del producto ofrecido por ellas, y la existencia de mecanismos de monitoreo y de castigo para quienes se desvían de una conducta colusiva.

Una operación de concentración económica puede influir sobre las características mencionadas en el párrafo anterior, volviendo la colusión más fácil o más difícil. Por ejemplo, una concentración de tipo horizontal generalmente reduce el número de empresas en un mercado. También puede influir sobre la escala de las empresas que operan en el mismo, haciendo que se vuelva más parecida o menos parecida.²³ Por último, otro elemento a tener en cuenta para evaluar la probabilidad de ocurrencia de conductas colusivas en un mercado es la historia de la industria bajo análisis, y los antecedentes de la misma respecto de la ocurrencia de casos de colusión que puedan haberse producido en el pasado.

Tamaño relativo de las firmas

El tamaño relativo de las firmas debe ser considerado al evaluar una concentración. Si en el mercado existe una empresa con elevada participación de mercado y varias empresas pequeñas, la empresa grande puede asumir el rol de líder que facilite la concertación de precios. Esta posibilidad se refuerza por la capacidad de "castigo" que puede ejercer la empresa líder en el mercado. Una concentración entre empresas pequeñas puede incrementar la competencia en el mercado porque reduce las asimetrías entre las empresas, reduce el liderazgo de una empresa y puede permitir de este modo el surgimiento de un competidor vigoroso. Por ello, se deben estudiar las condiciones específicas de cada mercado para determinar la probabilidad de que los efectos antes mencionados ocurran.

Flujo de información en el mercado relevante

Cuando el perjuicio que pueda derivar de la concentración se encuentre principalmente relacionado con la posibilidad de que existan acciones concertadas entre competidores, se evaluará el flujo de información existente en el mercado en cuestión. A los efectos de estos lineamientos por flujo de información se entenderá la cantidad de información referida a los competidores a la que cualquier participante del mercado puede acceder fácilmente (por ejemplo, información referida al nivel de precios y cantidades vendidas, al grado de innovación, a la calidad y características de los productos o servicios

²³ Lo primero ocurre, por ejemplo, cuando de la concentración surge una nueva entidad cuya escala es similar a la de la empresa con mayor cuota de mercado. Lo segundo, en cambio, puede acontecer si la empresa más grande adquiere otra más pequeña, y de ese modo aumenta la asimetría existente entre ella y sus restantes competidores.

ofrecidos, etc.). La importancia de este aspecto radica en que, generalmente, un acuerdo entre competidores será más difícil de diseñar e implementar en aquellos mercados en los que el flujo de información sea bajo, debido a que ello dificultará la detección y el posterior "castigo" de las violaciones al acuerdo.

En general, el flujo de información de un mercado se ve incrementado por la existencia de los siguientes elementos: esquemas de fijación de precios con referencia a un punto geográfico fijo ("basing point pricing"), disponibilidad pública de precios, homogeneidad del producto relevante; e intercambios fluidos entre competidores de información referida a los niveles de precios, los niveles de producción, las innovaciones introducidas al producto, etc., a través de asociaciones del rubro o publicaciones especializadas.

Nivel de utilización de la capacidad instalada

Se denomina exceso de capacidad a la diferencia entre la capacidad de producción efectivamente utilizable en el mercado y la cantidad que se produce y vende en el mercado en un período de tiempo determinado. Un mercado que posee un significativo exceso de capacidad es menos proclive a facilitar la colusión tácita, particularmente si las empresas pequeñas son las que tienen gran parte del exceso de capacidad. Las empresas pequeñas tienen, en este caso, fuertes incentivos para incrementar la producción ante intentos de las empresas más grandes para restringir la oferta y aumentar así los precios en el mercado. No obstante, en determinadas circunstancias, el exceso de capacidad puede funcionar como un claro incentivo a respetar un acuerdo horizontal porque las consecuencias del eventual castigo serían más gravosas. Por ello, el nivel de utilización de la capacidad instalada debe analizarse en cada caso en particular.

Participaciones minoritarias

Si bien las operaciones de concentración económica se refieren a situaciones en las cuales se produce la toma de control de una o varias empresas (lo cual implica en general la adquisición de una participación mayoritaria), existen casos en los cuales las tenencias de participaciones minoritarias en otras firmas son capaces de afectar negativamente los incentivos a competir de las firmas involucradas. Esto ocurre, por ejemplo, si un grupo económico, que tiene una participación minoritaria en una empresa, toma el control de otra empresa que opera en el mismo mercado que la primera.

La tenencia de una porción minoritaria del capital de una empresa puede permitir conocer y emitir opiniones sobre el actuar de la misma. Esta influencia puede ser utilizada para inducir a dicha firma a competir con una agresividad menor, o a coordinar su conducta con otras firmas controladas por el grupo que posee la participación minoritaria.

Además, la posesión de una participación minoritaria puede generar un incentivo a no competir efectivamente. Este efecto se origina en el hecho de que una parte de las ventas que se pierden por incrementar los precios de los productos ofrecidos por una empresa se redirigen hacia la firma en la cual dicha empresa posee una participación minoritaria, y esto puede hacer que la competencia entre ambas sea menos intensa que la que tendría lugar en un contexto en el cual no existieran participaciones cruzadas entre las empresas.

Por último, la tenencia de una porción minoritaria en otra empresa puede dar acceso a

información competitivamente sensible sobre esta última firma. Este factor puede facilitar la coordinación entre las partes, tanto de manera explícita como tácita.

IV. BARRERAS A LA ENTRADA

Aun si una operación de concentración económica aumenta significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, es posible que ella no afecte negativamente al interés económico general si en ese mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores.²⁴ La amenaza del ingreso de nuevos competidores constituye un freno a la capacidad de las empresas existentes en el mercado de subir sus precios. Para ello es necesario que el ingreso de nuevos competidores al mercado pueda realizarse en forma rápida, probable y significativa.

En principio, la identificación de los nuevos competidores comenzará con una evaluación de las empresas que parezcan tener una ventaja competitiva para ingresar al mercado relevante. Como ejemplo de ello se pueden mencionar:

- las empresas que comercializan el producto relevante en zonas geográficas aledañas al mercado analizado;
- las empresas que emplean tecnología similar a la necesaria para proveer el producto relevante;
- las que operan en mercados relacionados "aguas arriba" o "aguas abajo" del mercado relevante; y
- las empresas que emplean canales similares de distribución y comercialización o técnicas similares de promoción y marketing, a las que comúnmente se utilizan en el mercado relevante.

Una vez identificadas estas empresas, el análisis de la existencia de barreras a la entrada incluirá un relevamiento de todos los esfuerzos que una empresa debe realizar a los efectos de producir y/o comercializar el producto relevante, incluyendo aspectos referidos a la planificación y el diseño del lanzamiento del producto, la capacidad administrativa necesaria para ello la obtención de permisos legales, la construcción de instalaciones productivas o de comercialización, los gastos en promoción y comercialización y la satisfacción de los requerimientos de calidad exigidos por el marco normativo correspondiente. Las experiencias recientes referidas al ingreso de nuevos competidores al mercado relevante serán consideradas como puntos de referencia para tal análisis.

En particular, se evaluarán tres aspectos fundamentales referidos al posible ingreso de nuevos competidores al mercado relevante:

a) Tiempo requerido para ingresar al mercado

En primer lugar, se evaluará el tiempo que le demandaría a un competidor ingresar al mercado y ejercer una influencia significativa sobre los precios. Se considerará que el ingreso al mercado relevante es rápido si el tiempo transcurrido desde que se toma la decisión de ingresar hasta que el producto relevante es efectivamente comercializado no supera el plazo requerido por las empresas ya instaladas en el mercado para adaptar su comportamiento frente a la nueva competencia. La dimensión temporal estará

²⁴ Del mismo modo, la ausencia de barreras a la entrada puede ayudar también a que las empresas que ya operan en un mercado puedan expandir su oferta en el mismo, y/o introducir nuevos productos que entren a competir en el mercado relevante de que se trate.

relacionada, en cada caso, con la naturaleza del proceso de producción o comercialización.

b) Probabilidad del ingreso al mercado

En segundo lugar, se analizará si es probable que, en el escenario posterior a la concentración, los nuevos competidores obtengan ganancias suficientes como para que el ingreso resulte rentable. Para ello es preciso analizar cuál será el probable nivel de ventas de un nuevo competidor, lo cual dependerá de su capacidad para satisfacer a la demanda si los productores existentes disminuyen su nivel de producción. Tal capacidad se podrá ver limitada por: i) una tendencia decreciente en la demanda; ii) relaciones contractuales de mediano o largo plazo entre los demandantes y las empresas instaladas; y iii) las políticas de precios de las empresas instaladas en respuesta al ingreso de un nuevo competidor.

c) Importancia relativa del ingreso

Aun si la entrada es rápida y probable en los términos de lo expuesto anteriormente, es asimismo necesario que sea lo suficientemente significativa como para ejercer una influencia sobre los precios del mercado relevante. Adicionalmente, cuando el perjuicio potencial generado por la concentración no sea uniforme en todo el mercado relevante, el carácter y la variedad de los productos del competidor entrante deberán ser idóneos para contrarrestar las preocupaciones competitivas particulares generadas por la operación de concentración económica.

La presencia de los siguientes factores, entre otros, revelará la existencia de barreras que dificulten un ingreso rápido, probable y significativo de nuevos competidores:

1. Restricciones legales o fácticas que: (a) limiten la posibilidad de proveer el producto relevante (por ejemplo, a cierto tipo de instituciones o personas), (b) impongan a los nuevos competidores costos adicionales a los que tienen que ser afrontados por las empresas que operan en el mercado desde hace tiempo; o (c) exijan licencias para la provisión del producto relevante.

2. Elevados costos hundidos para ingresar al mercado relevante, tales como: diseño y prueba del producto, instalación de equipos, contratación y entrenamiento del personal; desarrollo de canales de distribución; costos de cambio que deben incurrir los clientes al pasarse de un proveedor a otro; inversiones necesarias para sobreponerse a las ventajas derivadas de la diferenciación del producto con la que ya cuentan las empresas existentes (especialmente en el caso de aquellos bienes cuya calidad se comprueba con el uso y en los cuales, por lo tanto, la marca, el tiempo de presencia en el mercado y la reputación son importantes para el consumidor). El hecho de que las empresas existentes ya hayan incurrido en los costos hundidos implica que ellas no deberán tenerlos en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre su nivel de precios. A su vez, esta situación asimétrica generalmente se traduce en un mayor riesgo, y un menor beneficio esperado, para los nuevos competidores en relación con las empresas que operan en el mercado. En general, el riesgo y la incertidumbre que deban enfrentar los nuevos competidores aumentará, y la probabilidad de que éstos ingresen de manera significativa disminuirá, a medida que aumente la proporción de los costos de ingreso que constituyan costos hundidos.

Finalmente, cabe destacar que es posible que la concentración en sí misma cree barreras de acceso, si ella elimina una fuente significativa de recursos necesarios o un canal de distribución irremplazable o si, como consecuencia de la concentración, la escala

mínima necesaria para una entrada efectiva aumenta significativamente.²⁵

V. OTROS FACTORES A CONSIDERAR

V.1. COMPETENCIA PROVENIENTE DE PRODUCTOS IMPORTADOS

La competencia proveniente de productos extranjeros que pueden ser importados al país será considerada —según los procedimientos ya expuestos— en el análisis correspondiente a la identificación de los competidores potenciales.

Uno de los principales elementos que deben ser tenidos en cuenta a los efectos de considerar la influencia que la importación del producto relevante puede ejercer es el nivel de los aranceles. En los casos en que los aranceles sean lo suficientemente bajos como para permitir que los productos importados sean competitivos en el mercado relevante, la importancia que esta competencia puede revestir será analizada sobre la base de las consideraciones generales contenidas en los presentes lineamientos.

No se tomará en cuenta únicamente el valor de los aranceles al momento de la concentración, sino que también se tendrá en cuenta su evolución esperada. A tales efectos, tendrán especial relevancia las variaciones arancelarias pactadas en el marco de acuerdos internacionales de integración o cooperación, siempre y cuando los plazos establecidos no sean demasiado extensos.

Además de los aranceles aduaneros, los siguientes factores (entre otros) pueden limitar significativamente la incidencia de la competencia proveniente de productos importados:

- costos de transporte y seguros;
- costos de nacionalización y aduanas (por ejemplo., costos logísticos en puertos, tasa estadística, tasa de oficialización de aduana, etc.);
- regulaciones que impongan estándares o especificaciones de calidad o identificación del producto, o que impongan requerimientos de permisos o licencias especiales;
- problemas logísticos que limiten la importación del producto relevante o su posterior distribución;
- dificultades relacionadas con la obtención de repuestos o servicios de posventa para los productos importados;
- políticas domésticas destinadas a fomentar el "compre nacional";
- incertidumbre respecto de las fluctuaciones esperadas en el tipo de cambio;
- acuerdos formales o informales de reparto del mercado mundial dentro de multinacionales que operen en el país o entre distintas multinacionales;
- licencias, franquicias o acuerdos de no competir entre empresas extranjeras y sus subsidiarias locales;
- restricciones de capacidad instalada en el exterior y el impacto resultante sobre las importaciones potenciales hacia la Argentina.

V.2. PODER DE COMPRA COMPENSATORIO

El poder de mercado de las empresas que participan en una operación de concentración

²⁵ Esto ocurriría, por ejemplo, si como consecuencia de la concentración se genera una significativa capacidad ociosa que podría actuar como barrera a la entrada de potenciales competidores.

no solo puede ser contrarrestado por otras empresas competidoras sino también por el poder de compra de los demandantes del producto en cuestión. Esto ocurre a veces en mercados de insumos intermedios dentro de una cadena productiva, en los cuales los demandantes son empresas y no consumidores. En general, puede considerarse que el poder de compra compensatorio de los demandantes resultará efectivo si la demanda está más concentrada que la oferta, y dicha concentración podrá medirse utilizando el índice IHH descrito en la sección II.4 de los presentes lineamientos. Debe tenerse sin embargo en cuenta que el poder de compra compensatorio puede estar influido también por otros factores distintos de la concentración de mercado, como pueden ser los siguientes:

- a) La capacidad de los demandantes de cambiar o de amenazar en forma creíble con cambiar su demanda o una parte de la misma a otro proveedor;
- b) La capacidad de dichos demandantes de imponer costos sustanciales a su proveedor, por ejemplo, negándose a comprar otros productos producidos por él;
- c) La capacidad de los demandantes de ingresar por sí mismos al mercado del proveedor, o de inducir a otros proveedores para que ingresen al mercado;
- d) La capacidad de los demandantes de negociar de manera conjunta frente al proveedor;
- e) El método que utilizan los demandantes para adquirir los productos (por ejemplo, mediante subastas, licitaciones o concursos).

Cabe mencionar también que, en algunos casos, el poder de compra compensatorio puede ser poseído por algunos demandantes y no por otros. No debe por lo tanto concluirse que el poder de compra contrarresta suficientemente los posibles efectos negativos de una concentración si solo garantiza que un segmento determinado de los clientes, con una particular fortaleza de negociación, quedará a salvo de un aumento significativo de los precios después de la concentración.

También puede suceder que el poder de compra compensatorio se reduzca o desaparezca como consecuencia de una concentración. Eso podría ocurrir si una operación de concentración entre dos proveedores redujera el poder de los demandantes porque la propia concentración hace desaparecer una alternativa creíble de provisión de un producto.

V.3. RESTRICCIONES ACCESORIAS

Las partes en una operación de concentración económica tienen la facultad de arribar a acuerdos que regulen sus derechos y obligaciones. Esta libertad incluye la posibilidad de establecer restricciones accesorias al contrato principal, entre las que se encuentran ciertas cláusulas o acuerdos que limitan la competencia entre las partes contratantes (por ejemplo, cláusulas de no competencia, o de no captación de clientes o empleados). Dichas restricciones son en general inocuas en términos de generar perjuicio a la competencia en los mercados, pero en algunos casos particulares pueden afectar el interés económico general.

A fin de determinar el posible perjuicio al interés económico general de las restricciones accesorias, la Autoridad de Aplicación tendrá en cuenta el marco de la evaluación integral de los efectos que la operación de concentración tiene sobre la competencia. En ese contexto, considerará si dichas restricciones se encuentran acotadas en su alcance a los sujetos involucrados en la operación de concentración económica, como así también

a los productos o servicios involucrados y a la cobertura geográfica de la operación. Asimismo, se analizará si la duración de las cláusulas es razonable en términos de sus objetivos específicos (por ejemplo, transferencia de activos intangibles como el “valor llave” de una empresa o ciertos tipos de “*know how*”).

VI. GANANCIAS DE EFICIENCIA

En la gran mayoría de los casos, una concentración que aumente la probabilidad de ejercicio de poder de mercado generará un aumento de precios y una restricción de la oferta, y por ende se la considerará contraria al interés económico general. No obstante, existen casos excepcionales en los que las ganancias de eficiencia derivadas de la operación son tales que, a pesar del aumento de poder de mercado, los precios terminan siendo más bajos que antes de la operación. Eso ocurrirá cuando, a causa de una reducción en el costo variable unitario de un producto, generada por una operación de concentración, el precio del producto previo a la operación resulte más alto que el precio esperado posterior a la misma.²⁶ En un caso así, si se prohibiera la operación, se impediría que los consumidores se beneficien con precios menores a los vigentes, suponiendo que sea suficientemente probable que esa baja ocurra.

En consecuencia, la existencia de ganancias de eficiencia y el impacto que éstas tengan sobre los consumidores de la República Argentina pueden determinar que una concentración no perjudique al interés económico general aunque aumente la probabilidad de ejercicio de poder de mercado.

El análisis de las ganancias de eficiencia seguirá las siguientes pautas:

- a) Sólo serán consideradas ganancias de eficiencia aquellas que surjan directamente de la concentración y que no puedan ser alcanzadas mediante alternativas menos restrictivas de la competencia, tales como el crecimiento interno o la colaboración entre competidores.
- b) Deberá demostrarse que las ganancias de eficiencia son probables, y que su concreción no depende de factores que estén totalmente fuera del control de las empresas involucradas en la concentración.
- c) También deberá demostrarse que las ganancias de eficiencia que se obtengan le generarán un beneficio a los consumidores, a través de menores precios, mayor oferta, o mayor calidad o variedad de los productos involucrados.
- d) No se considerarán ganancias de eficiencia que sean vagas, especulativas o que no puedan verificarse por medios razonables.
- e) No podrán invocarse como ganancias de eficiencia derivadas de la concentración aquellas disminuciones en los costos que impliquen una transferencia entre dos o más agentes. Tal es el caso de aquellas reducciones de costos que no representen un ahorro real de recursos y que deriven del mayor poder de negociación que posea la empresa concentrada como consecuencia de la operación. Por ejemplo, si la empresa concentrada posee la capacidad de obtener descuentos de los proveedores o de negociar menores salarios con los trabajadores, dichas reducciones en sus costos no serán consideradas

²⁶ Una situación como esa podría darse en el caso de una concentración que reduzca significativamente el costo de transporte de un producto, de modo tal que el costo variable unitario del producto en cuestión baje en un porcentaje importante. En dicha situación puede darse que, aunque el margen de beneficio sobre dicho costo variable unitario se incremente luego de la concentración, la reducción en el costo variable unitario contrarreste dicho incremento, y el precio del producto post-concentración termine siendo más bajo que el precio previo a la operación.

como ganancias de eficiencia productiva.

El mismo razonamiento es aplicable a las disminuciones de costos que, por razones impositivas, surjan como consecuencia de la concentración.

f) Las ganancias de eficiencia podrán ser consideradas aceptables cuando, por ejemplo:

— La concentración permita mantener la cantidad, la calidad y la variedad de los productos ofrecidos mediante la utilización de una menor cantidad de recursos.

— La concentración permita aumentar la cantidad, la calidad o la variedad de los productos ofrecidos mediante la utilización de los mismos recursos.

— La concentración permita reducir los costos financieros y/o aumentar las posibilidades de acceso al mercado de capitales.

VII. EMPRESAS EN DECADENCIA

A efectos de los presentes lineamientos, se denomina “empresa en decadencia” (*failing firm*) a aquella firma que, en virtud de su deterioro financiero y patrimonial, es sumamente probable que abandone los mercados en los cuales está actualmente operando. Una manera de llevar a cabo la salida de tales mercados es a través de una operación de concentración económica de tipo horizontal, por la cual la empresa en cuestión pasa a ser adquirida por un competidor.

En el caso de la adquisición de una empresa en decadencia por parte de un competidor, la Autoridad de Aplicación podrá autorizar la operación aun en el caso en que esta genere efectos anticompetitivos. Este caso excepcional se configura si la salida de la empresa del mercado genera un deterioro mayor a la competencia que la adquisición de esta. Dicho deterioro puede tener lugar, por ejemplo, si la alternativa a la operación de concentración es la desaparición lisa y llana de la empresa en decadencia, sin que la misma sea reemplazada por el ingreso de un nuevo competidor.

A fin de determinar la procedencia de esta excepción, la Autoridad de Aplicación analizará principalmente los siguientes elementos: (i) si las dificultades experimentadas por la firma en decadencia resultarán en una inminente salida del mercado por parte de dicha firma, que implique también la desaparición de sus activos tangibles e intangibles; (ii) si existen otros potenciales compradores que generarían efectos menos perjudiciales para la competencia; (iii) si la salida de la firma del mercado le generará a sus clientes mayores dificultades que su adquisición por parte de un competidor.

VIII. CONCENTRACIONES VERTICALES

Las concentraciones verticales son aquellas en las cuales las empresas involucradas participan en mercados verticalmente relacionados. Las consideraciones generales contenidas en los presentes lineamientos son aplicables a las concentraciones verticales. No obstante, deberán tenerse en cuenta algunos factores en particular, entre los cuales tienen especial importancia los daños a la competencia originados en el cierre anticompetitivo de los mercados (*anticompetitive market foreclosure*).²⁷ Algunos

²⁷ Del mismo modo, las concentraciones verticales suelen generar algunos beneficios procompetitivos que también son particulares de este tipo de operaciones. Entre ellos pueden mencionarse el ahorro de costos de transacción entre las empresas involucradas, la eliminación de efectos de “doble marginalización”, y la solución de problemas ligados con ciertos servicios provistos por una empresa y que también benefician a otras dentro de la misma cadena de producción y distribución.

ejemplos de dichos daños son los que aparecen en los siguientes puntos:

a) Una concentración vertical podrá resultar perjudicial en aquellos casos en los que la eliminación de un proveedor independiente impida o limite significativamente el acceso de los competidores a un mercado “aguas arriba” o a bienes comercializados en él. Esto puede hacerse aumentando precios, degradando la calidad del producto, haciendo que las condiciones de la oferta sean menos favorables, entregando el producto con retraso considerable o directamente rechazando la entrega.

b) También podrá resultar perjudicial si la concentración elimina un distribuidor, y esto impide o limita significativamente el acceso de los competidores a un mercado “aguas abajo” o a los clientes que compren bienes en él. Esto puede ocurrir cuando, como resultado de la concentración, un fabricante adquiere control sobre un cliente importante de sus productos, o sobre de un canal de distribución significativo.

c) Otro caso de perjuicio al interés económico general puede ocurrir si la concentración aumenta significativamente las barreras a la entrada de nuevos competidores. Ello ocurrirá especialmente si un potencial competidor que desea entrar en cualquiera de las etapas involucradas se ve obligado a ingresar en ambas simultáneamente, con el consiguiente aumento de costos que eso genera.

También puede ser perjudicial una concentración vertical que incrementa los incentivos a coludir en el mercado “aguas arriba” o “aguas abajo”, generando efectos anticompetitivos coordinados. Esto puede ocurrir si la operación de concentración mejora las oportunidades de coludir con otras empresas que ya están verticalmente integradas, si la operación de concentración permite a las empresas involucradas el acceso a información sensible de los competidores, si la operación reduce el poder de compra compensatorio de otras empresas, etc.

Al igual que para el caso de las concentraciones horizontales, los posibles efectos de las operaciones de concentración vertical pueden en muchos casos aproximarse a través de las participaciones de mercado de las empresas involucradas y de los índices de concentración, en el entendimiento de que, en general, una concentración entre empresas cuyas cuotas de mercado resulten relativamente reducidas no es susceptible de generar problemas de competencia que impliquen un perjuicio para el interés económico general. Por ello puede considerarse que una concentración entre un proveedor y un cliente cuyas participaciones son ambas menores al 30% (como oferente y como demandante del producto involucrado, respectivamente) no debería generar preocupación en términos de reducción de la competencia. Tampoco deberían generarse tales preocupaciones si los índices de concentración IHH son menores a 3000 puntos, tanto del lado de la oferta como de la demanda, así como en los casos en los cuales dichas condiciones se combinan (es decir, una participación de mercado inferior al 30% del lado de la demanda y un IHH inferior a 3000 puntos del lado de la oferta, y viceversa).

Otro elemento que puede reducir los posibles efectos anticompetitivos de una concentración es la existencia de una relación vertical previa entre las partes de la operación (por ejemplo, un fabricante de un producto y un distribuidor exclusivo de los productos de dicho fabricante). En dichas situaciones puede ocurrir que no existan restricciones a la competencia generadas por la operación de concentración en cuestión, si es que dichas restricciones ya estaban presentes en la relación económica pre-existente entre las partes.

IX. CONCENTRACIONES DE CONGLOMERADO

Las concentraciones de conglomerado son aquellas en las cuales las empresas involucradas no operan en el mismo mercado relevante ni en mercados relevantes que se encuentran verticalmente vinculados. En principio, estas concentraciones no serán objetadas y sólo se considerará que son potencialmente perjudiciales en algunos casos muy particulares. Dichos casos se refieren a situaciones en las cuales se produce la eliminación de un competidor potencial en el mercado, y a situaciones en las cuales se generan algunos “efectos de cartera” significativos.

Eliminación de un competidor potencial

Este caso se verifica si la operación de concentración implica el ingreso a un mercado de una empresa que prefiere llevar a cabo dicho ingreso a través de una adquisición en vez de hacerlo de manera independiente, particularmente si el mercado exhibía altos niveles de concentración antes de producirse la operación. Si dicha empresa hubiera podido ingresar al mercado en forma rápida, probable y significativa, entonces la operación de conglomerado puede asimilarse a una concentración horizontal, ya que implica la desaparición de un competidor potencial de la empresa adquirida. En ese caso, la operación deberá ser evaluada siguiendo los criterios generales definidos para las concentraciones horizontales, ya que podría tener la potencialidad de generar daños a la competencia originados en algún efecto unilateral o coordinado.

Efectos de cartera

Se considera que una empresa puede aprovechar efectos de cartera cuando su participación conjunta en varios mercados distintos le permite captar mayores beneficios respecto de los que podrían obtener varias empresas distintas que operaran separadamente en dichos mercados. En general, los efectos de cartera tienen que ver con la posibilidad de reducir costos a través del aprovechamiento de algunas economías de alcance. Sin embargo, también es posible que dichos efectos se produzcan a consecuencia de prácticas de “extensión del poder de mercado”, por las cuales una empresa que posee poder en un mercado logra extender dicho poder a otro mercado.²⁸

En dichos casos, es posible que una concentración de conglomerado genere daños relacionados con un cierre anticompetitivo de los mercados, similar a los que pueden producir ciertas concentraciones verticales. Sin embargo, como regla general, puede considerarse que la hipótesis de extensión del poder de mercado solo resulta razonable si alguna de las empresas que participan en una concentración de conglomerado tiene posición dominante en un mercado, y es capaz de extender dicha posición a otro mercado en el cual opera otra de las empresas que participan en la concentración en cuestión.

²⁸ Un caso particular de extensión del poder de mercado se produce cuando las empresas que participan en una operación de concentración comienzan a efectuar una conducta de “venta atada” luego de que la concentración se produce. Dicha conducta consiste en que la compra de un producto requiera la compra simultánea de otros, y en algunos casos puede implicar que la nueva empresa que surge a consecuencia de una concentración logra restringir el accionar de algunos competidores actuales o prevenir el ingreso de competidores potenciales. En estos casos, una concentración de conglomerado puede servir para aprovechar la posición dominante de una empresa en el mercado de un producto para extender dicha posición a mercados de otros productos que se vinculan artificialmente con él. Esta conducta está específicamente prevista como un ejemplo de práctica anticompetitiva en el artículo 2° inciso i) de la Ley 25.156.



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2017 - Año de las Energías Renovables

Hoja Adicional de Firmas
Anexo

Número:

Referencia: EX-2017-30425445-DDYME#MP

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 22 pagina/s.