

GUÍA DE NOTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS



Guía de Notificación y Análisis de Concentraciones Económicas

Es un honor dirigirme a ustedes en calidad de Presidente de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), para presentar nuestra más reciente iniciativa: la *"Guía sobre Notificación y Análisis de Concentraciones Económicas"*.

El objetivo fundamental de esta guía es brindar información clara y detallada sobre los conceptos, la normativa y los criterios asociados a la notificación previa y el análisis de concentraciones económicas. Esta herramienta es esencial en el marco de la aplicación de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley N°9736).

La guía se estructura en dos secciones fundamentales. La primera, dedicada a desarrollar los criterios legales y económicos que imponen la obligación de notificar una operación previa a su perfeccionamiento. La segunda sección aborda la metodología que procede aplicar para determinar, a través de criterios económicos, si una operación infringe la legislación de competencia.

En un esfuerzo por hacer la guía práctica y accesible, se han incorporado ejemplos ilustrativos que reflejan la experiencia de la Autoridad Nacional de Competencia y explican los conceptos establecidos en la Ley N°9736 en perspectiva con estándares internacionales. Es crucial entender que este documento no constituye un dictamen vinculante, sino más bien un marco de referencia. Las determinaciones específicas dependerán del análisis del caso particular y el marco jurídico aplicable.

Queremos expresar nuestra gratitud al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por su colaboración invaluable en la elaboración de este proyecto; así como al consultor Esteban Greco, su apoyo ha sido esencial para llevar a cabo esta iniciativa que, sin duda, redundará en beneficio tanto de la comunidad empresarial como del público en general.

Confiamos en que esta guía se convertirá en una herramienta valiosa para todos aquellos que interactúan en el ámbito de la competencia económica, proporcionando una base sólida y clara para comprender y aplicar los principios establecidos por nuestra legislación.

Costa Rica, Marzo de 2024

Guillermo Rojas Guzmán
Presidente
Órgano Superior de la
Comisión para Promover la Competencia

Guía de Notificación y Análisis de Concentraciones Económicas

Introducción	4
1 Notificación previa de concentraciones económicas	7
1.1 <i>Concentración económica</i>	8
1.1.1 Pérdida de independencia de agentes económicos. Conceptos de agente y grupo económico.	8
1.1.2 Cambio duradero en el control económico	10
1.2 <i>Concentración económica notificable</i>	13
1.2.1 Incidencia en Costa Rica	14
1.2.2 Umbrales monetarios	14
1.3 <i>Vías para una operación de concentración económica</i>	21
1.3.1 Fusión	21
1.3.2 Adquisición de control económico	22
1.3.3 Adquisición de activos	22
1.3.4 Alianza estratégica, empresa en participación o joint venture	23
1.3.5 Otros actos de concentración	25
1.4 <i>Plazo para notificar</i>	25
1.5 <i>Excepciones del deber de notificación</i>	26
1.6 <i>Especificidad del sector financiero</i>	27
1.7 <i>Renuncia voluntaria a la confidencialidad en operaciones multi-jurisdiccionales</i>	28
2 Análisis de las concentraciones económicas	31
2.1 <i>Tipo de operación</i>	32
2.2 <i>Mercado 'Relevante': enfoque de restricciones competitivas</i>	33
2.2.1 Sustitución en la demanda	33
2.2.2 Sustitución en la oferta	34
2.2.3 Dimensiones del mercado relevante	34
2.2.4 Criterio conceptual para la determinación de los mercados relevantes: la prueba del monopolista hipotético, o SSNIP test	37
2.2.5 Definición del mercado relevante en situaciones específicas	39
2.2.6 Métodos cuantitativos para determinar si un producto forma parte o no del mismo mercado relevante	40
2.2.7 Identificación de las empresas que participan en los mercados relevantes	42
2.3 <i>Medición de las cuotas de mercado y el nivel de concentración y evaluación preliminar del poder sustancial</i>	43
2.3.1 Cuotas de mercado	43
2.3.2 Indicadores de Concentración	44
2.3.3 Evaluación preliminar de poder sustancial de mercado	45
2.4 <i>Evaluación de teorías del daño de concentraciones horizontales</i>	46
2.4.1 Efectos unilaterales	47
2.4.2 Efectos coordinados	49
2.5 <i>Evaluación de teorías del daño de concentraciones verticales</i>	50

2.6	<i>Evaluación de teorías del daño de concentraciones de conglomerado</i>	54
2.7	<i>Mercados digitales</i>	54
2.7.1	Mercados relevantes en la economía digital	55
2.7.2	Teorías de daño en la economía digital	55
2.8	<i>Disputabilidad del mercado</i>	57
2.8.1	Entrada rápida, probable y significativa	57
2.8.2	Tipos de barreras de entrada	57
2.9	<i>Compensación de los efectos anticompetitivos</i>	58
2.9.1	Eficiencias	58
2.9.2	Empresa fallida	59
2.9.3	Poder de compensación en la demanda	60
2.10	<i>Restricciones accesorias</i>	61
2.11	<i>Fases del análisis de concentraciones económicas</i>	63
2.12	<i>Procedimiento simplificado: presunción favorable de las concentraciones</i>	63
2.13	<i>Remedios. Aprobación condicionada</i>	68
2.13.1	Principios generales y criterios de valoración	68
2.13.2	Tipos de remedios	69
2.13.3	Requisitos que deben cumplir los remedios	70
2.13.4	Diseño de compromisos de desinversión	71
	<i>Anexo I. Modelo de dispensa de confidencialidad</i>	75

Diagramas

Diagrama 1. Esquema del proceso de notificación y análisis	5
Diagrama 2 Etapas y criterios para determinar la obligación de notificación	7
Diagrama 3. Ejemplo: Agentes económicos involucrados	20
Diagrama 4. Vías para una operación de concentración económica	21
Diagrama 5. Esquema de análisis de efectos de una operación de concentración económica	32
Diagrama 6. Concentraciones de productos homogéneos y diferenciados	47
Diagrama 7. Teorías del daño de concentraciones verticales: exclusión de insumos y de clientes	51
Diagrama 8. Aplicación de la presunción favorable	65

Introducción

El objetivo de esta Guía es informar sobre los conceptos, la normativa y los criterios asociados a la notificación previa y el análisis de concentraciones económicas utilizados por la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM o Autoridad de Competencia).

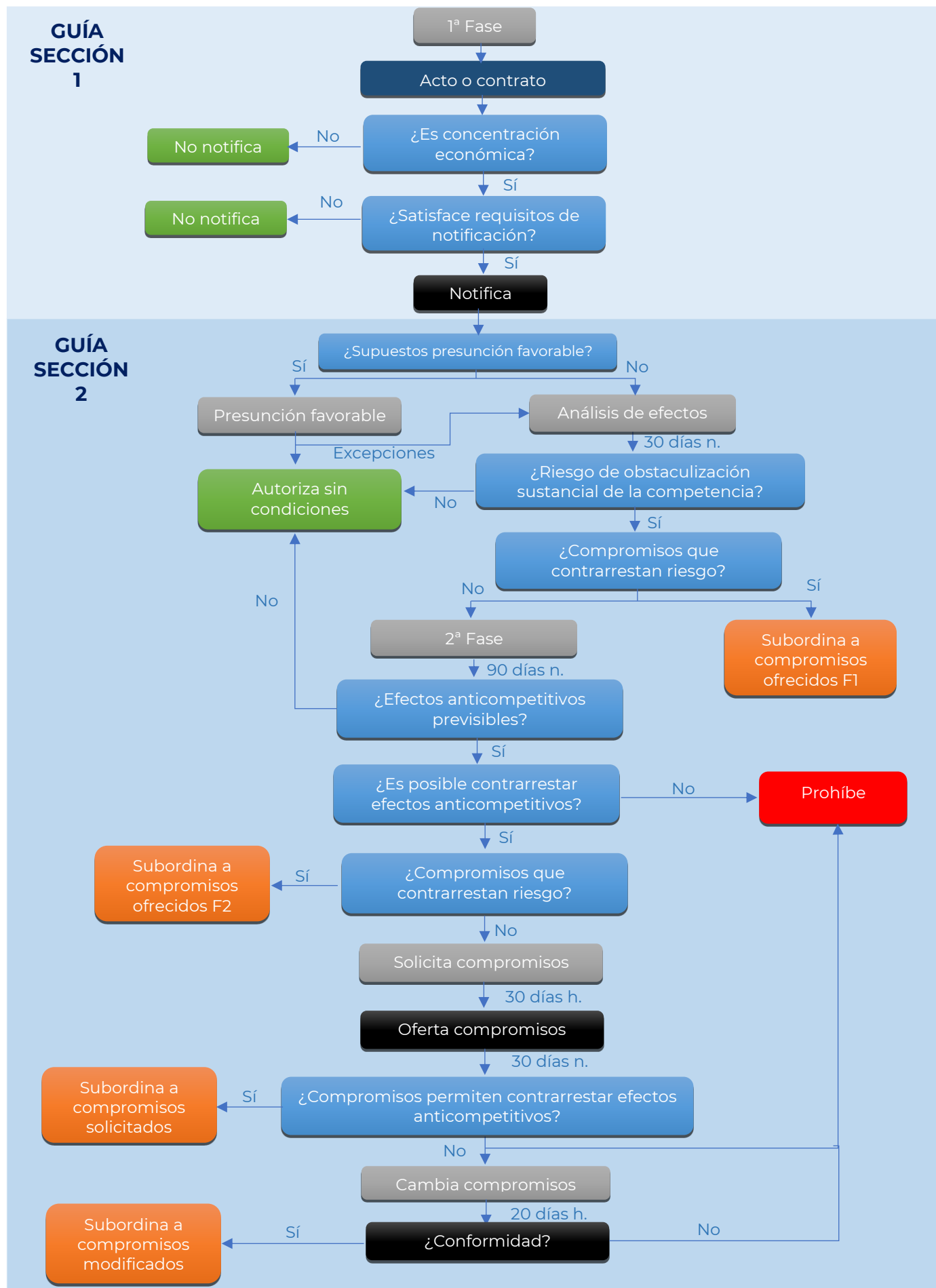
La Guía describe también la metodología habitual utilizada para el análisis de las concentraciones económicas de manera consistente con lo estipulado en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley N°9736). Para ello, contempla las principales técnicas analíticas, información relevante e indicios que se utilizan para evaluar los efectos de una concentración en el mercado relevante afectado, o en otros mercados similares o sustancialmente relacionados, en aplicación de los artículos 88 al 110 de la mencionada Ley.

La Guía busca ser de utilidad práctica, por lo cual se explican los conceptos establecidos en la Ley N°9736 en perspectiva con estándares internacionales y se proporcionan ejemplos de carácter ilustrativo que reflejan la experiencia de la Autoridad Nacional de Competencia.

La Guía se compone de dos grandes secciones. La Sección 1 está dedicada a desarrollar los criterios legales y económicos que imponen la obligación de notificar una operación de modo previo a su perfeccionamiento. La Sección 2, por su parte, contiene la metodología que procede aplicar para establecer sobre la base de criterios económicos si una operación infringe la legislación de competencia. En cada sección se detalla los principales pasos y criterios que deben ser tenidos en cuenta, a los fines descritos.

El Diagrama 1 a continuación ofrece un esquema estilizado de cada sección y sirve como orientación general del proceso completo de notificación y análisis.

Diagrama 1. Esquema del proceso de notificación y análisis

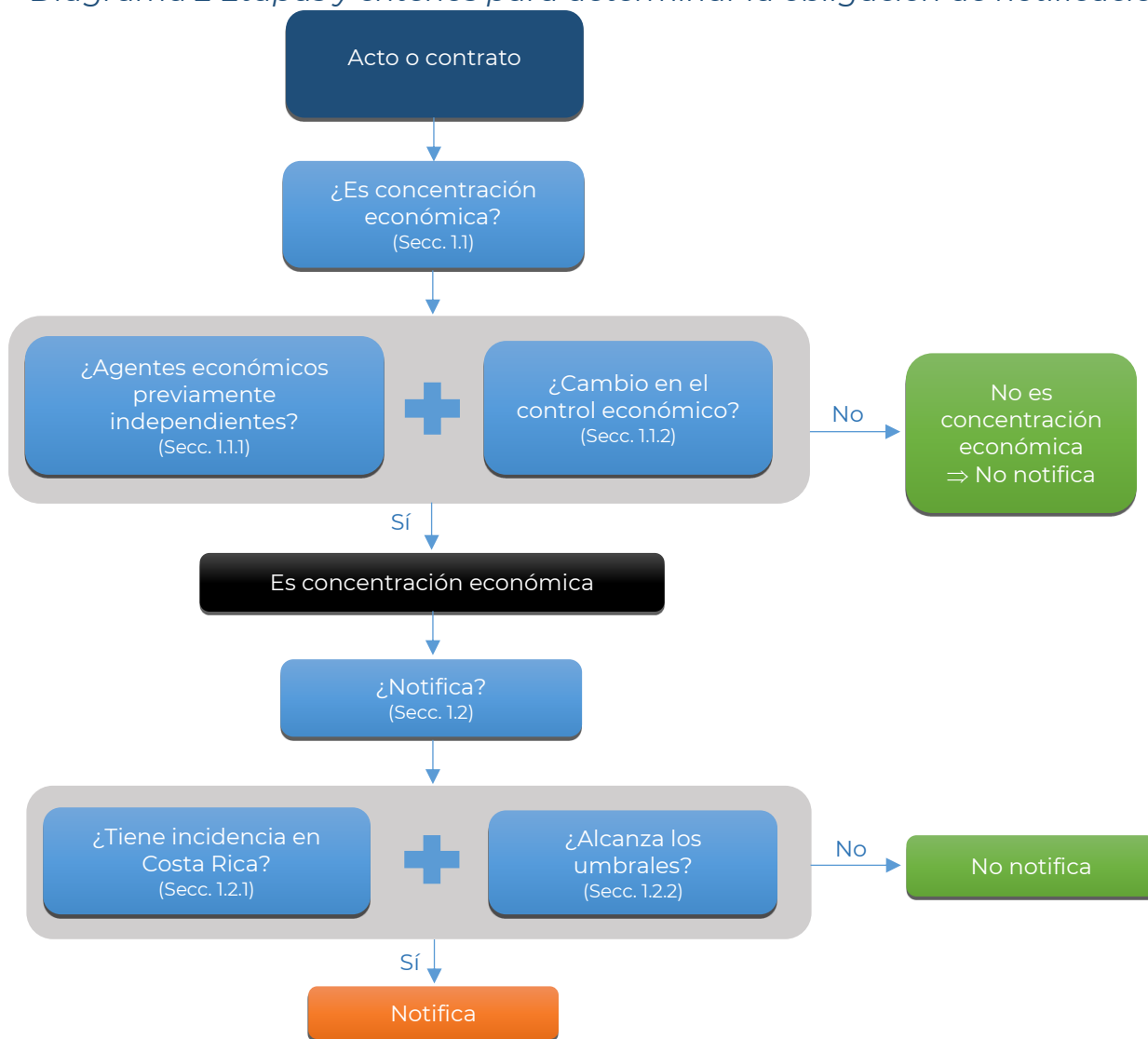


1. Notificación previa de concentraciones económicas

1 Notificación previa de concentraciones económicas

La determinación de la obligación de notificación previa de una concentración económica resultado de un acto o contrato requiere el cumplimiento de una serie de etapas y criterios (Diagrama 2).

Diagrama 2 Etapas y criterios para determinar la obligación de notificación



1.1 Concentración económica

El artículo 88 de la Ley N°9736 menciona: *“Se entiende por concentración la fusión, la adquisición, la compraventa del establecimiento mercantil, la alianza estratégica o cualquier otro acto o contrato, en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, que han sido independientes entre sí y que resulten en la adquisición duradera del control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más agentes económicos, así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada, adquiera el control de dos o más agentes económicos independientes entre sí”*

Por un lado, la norma brinda una lista no exhaustiva de los actos jurídicos que pueden configurar una concentración: fusión, adquisición, compraventa del establecimiento mercantil, alianza estratégica o cualquier otro acto o contrato”. La mención que la norma realiza de algunos de estos tipos de transacciones debe entenderse como indicativa y no exhaustiva. Prevalece la sustancia del acto por encima de las formas. El objetivo de la ley es preventivo, busca evitar que se realicen operaciones que puedan obstaculizar significativamente la competencia. Por tanto, corresponde precisar qué elementos deben reunirse para que exista una concentración económica.

Por otro lado, la norma señala que para que un acto o contrato sea considerado una concentración económica en los términos del artículo 88 de la Ley N°9736 debe cumplir con los siguientes dos requisitos, de modo concurrente:

1. Debe involucrar agentes económicos previamente independientes. El acto o contrato debe implicar la pérdida de independencia de dos o más agentes económicos, que pueden ser: competidores (concentración horizontal), proveedor-cliente (concentración vertical) o sin vinculación (concentración de conglomerado).
2. Debe resultar en un cambio duradero en el control económico. El acto o contrato debe implicar una transferencia en el control entre dos o más agentes económicos, sea mediante la adquisición de control de uno sobre otro(s), sobre parte de otro(s), o mediante la formación de un nuevo agente económico. El cambio en el control debe realizarse con carácter permanente o con intención de permanencia.

1.1.1 Pérdida de independencia de agentes económicos. Conceptos de agente y grupo económico.

La ley N°7472 define Agente Económico: “En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de

actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero”.

El objetivo preventivo de la ley de competencia es evitar que se realicen operaciones con la potencialidad de obstaculizar significativamente la competencia. Si los agentes económicos involucrados no fueran independientes antes de la operación, no habría efectos en el mercado como resultado de esta, puesto que ya contaban con la capacidad de tomar decisiones coordinadas y con los incentivos para maximizar sus beneficios en conjunto.

El Grupo Económico es definido en el Art. 1 de la Ley N°9736 como la "agrupación de sociedades o empresas, de hecho o de derecho, que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos o una parte sustancial de los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y que se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre sus miembros, o el criterio de dependencia económica de sus miembros, sin importar que su personalidad jurídica se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia”.

Por tanto, según lo establecido en la ley, tres elementos concurrentes definen la existencia de un grupo económico:

- a) unidad de decisión.
- b) unidad de dirección.
- c) dependencia económica entre los miembros.

Los agentes económicos pertenecientes a un mismo grupo económico no son independientes.

Se advierte que un agente económico puede encontrarse vinculado a otro, e incluso controlarlo, en virtud de diversas circunstancias, tales como la participación en el capital social, la posibilidad de designar miembros de los órganos de administración o dirección, o la influencia que pueda tener en sus decisiones, entre otras. Dichos vínculos eliminan los incentivos para competir en un mercado, puesto que su comportamiento obedecerá a los intereses del controlador y, en este sentido, se comportarán como una sola entidad.

Al respecto, la Ley N°9736 en su artículo 1 inciso d) también define el concepto de “empresas relacionadas”: las empresas que forman parte de un grupo económico en el que una de ellas tiene el control económico sobre la otra o están sujetas al control común por parte de otra empresa, persona o grupo de ellas.

Es importante destacar que operaciones entre agentes de un mismo grupo económico no constituyen concentraciones económicas y, por lo tanto, no están sujetas a la obligación de notificar. Un antecedente en este sentido es la OPINIÓN

Nº 17-2018, en la cual la COPROCOM señala que la transacción no debe ser notificada por ser una operación entre empresas que pertenecen a un mismo grupo económico, y no pueden ser consideradas agentes económicos independientes entre sí.

1.1.2 Cambio duradero en el control económico

1.1.2.1 Concepto de control económico y cambios en el control

La ley Nº 9736, en el artículo 1 inciso c) define control económico como la “posibilidad de ejercer una influencia decisiva, de hecho, o de derecho, sobre un agente económico o sus activos, entendida como el poder de adoptar o de bloquear decisiones que determinen su comportamiento comercial estratégico”. Este tipo de decisiones estratégicas incluye, por ejemplo, aquellas que comprometen cantidad importante de recursos, decisiones respecto del giro comercial de la empresa, inicio y terminación del negocio, disposición de bienes o derechos esenciales para la continuidad de la actividad.¹

En términos amplios, el control de un agente económico o sus activos está constituido por los derechos, contratos y cualquier otro instrumento que confieran a quien los posea la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre su comportamiento comercial estratégico, lo que significa poseer la capacidad de determinar la estrategia competitiva del agente económico.

Para que un acto u operación sea considerado una concentración a los fines de la ley de competencia, se requiere que dicho acto u operación implique un cambio en el control económico, ya que, si la situación de control no se modifica respecto de la situación previa, no habría efectos en el mercado y no existiría la potencialidad de que se obstaculice sustancialmente la competencia como resultado.

El cambio en el control económico puede producirse mediante la fusión entre agentes económicos (ver sección 1.3.1), a través de la adquisición del control por parte de un agente económico sobre otro (ver sección 1.3.2), mediante la adquisición de activos o establecimientos comerciales (ver sección 1.3.3), por intermedio de la constitución de una alianza estratégica, empresa en participación o *joint venture* (ver sección 1.3.4), o también a través de un cambio en la naturaleza del control (cambio de control de conjunto a exclusivo o viceversa).

El concepto de concentración económica se refiere a cambios en la estructura de control de agentes económicos independientes por lo que, una reestructuración

¹ COPROCOM Voto Nº 40-2016, Procedimiento administrativo ordinario contra las empresas Aditi S.A. y La Nación S.A.

interna de un grupo económico no constituye una concentración, en los términos de la legislación de defensa de la competencia.²

El control económico puede ser tanto exclusivo como conjunto. La adquisición del control exclusivo puede producirse mediante la obtención de la mayoría del capital social o derechos de voto de una firma, así como también mediante la adquisición de una minoría calificada. Por el contrario, el control conjunto se configura cuando dos o más accionistas o propietarios deban llegar a un acuerdo sobre las decisiones relevantes que afectan a la empresa controlada, de manera tal que éstas no pueden ser adoptadas sin la decisión de todos ellos (control positivo), o bien todos conservan el poder de veto o bloqueo (control negativo) de la política estratégica de una empresa o cuando se crea una alianza estratégica, empresa en participación o joint venture (sección 1.3.4). Por tanto, se dice que el control puede ejercerse tanto por acción positiva como por acción negativa.

Se produce una adquisición de control exclusivo cuando un agente económico en solitario puede ejercer influencia decisiva sobre otro. El control exclusivo supone la capacidad de decidir completamente la estrategia competitiva del agente económico objetivo. Se presume que cuando un comprador adquiere la mayoría del capital de una empresa (una participación superior al 50% del capital) adquiere los derechos de voto que le permiten determinar la conformación del directorio, la gestión y dirección comercial de la empresa objetivo.

Excepcionalmente, una adquisición de capital minoritario (menor al 50% del total) puede implicar el control exclusivo, si el resto del capital está disperso, o en los casos en los que esta participación conlleve derechos específicos. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que conlleven derechos especiales que permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa afectada como, por ejemplo, el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de los consejos de administración o de vigilancia. El control exclusivo también puede ser ejercido por un accionista minoritario que tenga el derecho de gestionar las actividades de la empresa y de determinar su política comercial.

Un accionista minoritario también puede ejercer el control exclusivo de facto. Este es el caso, en particular, cuando es muy probable que el accionista obtenga la mayoría en las juntas de accionistas, dado su número de acciones y la presencia de accionistas en las juntas en años anteriores. Los criterios para considerar son: si las acciones restantes están dispersas, si otros accionistas tienen vínculos estructurales, económicos o familiares con el accionista minoritario principal o si otros accionistas tienen un interés estratégico o puramente financiero en la empresa objetivo.

² Comisión Europea (2008). Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01).

Una adquisición que no lleva aparejada la mayoría de los derechos de voto no confiere generalmente el control exclusivo, aunque suponga la adquisición de una participación mayoritaria. Cuando los estatutos de la compañía requieran una mayoría calificada para adoptar decisiones estratégicas, la adquisición de una mayoría simple de derechos de voto podría no conferir el poder de determinar decisiones estratégicas, pero podría ser suficiente para dar al adquirente un derecho de bloqueo y, por tanto, el control conjunto.

Quien posea derechos de veto sobre decisiones relevantes de la firma podrá ser considerado como controlante o co-controlante según sea el caso. Normalmente, la existencia de esos derechos de veto se considera como una condición suficiente para determinar la existencia de control. Por ello, para establecer si existe una relación de control, usualmente se analizan:

- a) Las tenencias accionarias que confieran a sus tenedores la mayoría de los derechos de voto.
- b) Los acuerdos de accionistas.
- c) Los derechos de veto originados en acuerdos de accionistas o en los estatutos societarios.

Entre los derechos que dan lugar al control se encuentran los que permiten influir en decisiones relevantes (influencia decisiva), tales como la aprobación del presupuesto, los planes de negocios, el programa de actividad, los planes de inversión, las políticas comerciales, políticas de precio, de cantidad de producción y demás variables de mercado, de inversión en publicidad, de inversión en investigación y desarrollo, la designación del presidente o del gerente general de la compañía y, en general, demás cuestiones que permitan ejercer influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa.

Los derechos de veto referidos a la protección de los accionistas minoritarios no serán considerados relevantes desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Es el caso de derechos de veto para cambiar el objeto social, iniciar un proceso concursal o de quiebra, alterar políticas de dividendos, tomar deuda de montos o características extraordinarias, iniciar una fusión, entre otros.

Cambio en la naturaleza del control. La incorporación de accionistas con control puede producir una transformación de control exclusivo a control conjunto de la empresa objetivo, o a la transformación de un esquema de control conjunto preexistente. El paso del control exclusivo al control conjunto cambia la naturaleza del control de la empresa objetivo. Con la operación, la empresa objetivo deberá tener en cuenta los intereses de nuevos accionistas que ejercen control económico. Uno de los supuestos más evidentes que dan lugar a un cambio decisivo en la naturaleza de la estructura de control de una empresa controlada conjuntamente es el de una empresa en participación, controlada conjuntamente por un competidor y un inversor financiero, en la que el inversor financiero es sustituido por otro competidor. En esas circunstancias, la estructura de control y

los incentivos de la empresa en participación pueden cambiar por completo, no sólo por la incorporación de los nuevos accionistas con poder de control sino también por el cambio en el comportamiento del otro accionista. No obstante, la incorporación de nuevos accionistas sólo da lugar a una concentración económica que debe notificarse si uno o varios accionistas adquieren el control exclusivo o conjunto en virtud de la operación. La incorporación de nuevos accionistas puede provocar una situación en la que el control conjunto no pueda ser establecido ni de jure ni de facto, puesto que la incorporación de un nuevo accionista tiene como consecuencia que sea posible la variabilidad de las coaliciones entre accionistas minoritarios.

Reducción del número de accionistas. Constituye una concentración económica si la salida de uno o varios de estos accionistas provoca el paso del control conjunto al control exclusivo. Ejercer en solitario una influencia decisiva es muy distinto de ejercerla en común, ya que en este último supuesto los accionistas que ejercen el control conjunto han de tener en cuenta los intereses de la otra parte o partes, que pueden ser diferentes. Cuando una operación supone la reducción del número de accionistas que ejercen el control conjunto, sin que dicho control pase a ser exclusivo, en general, no se produce una concentración económica notificable.

1.1.2.2 Cambio duradero en el control económico

Son concentraciones de interés desde el punto de vista de la defensa de la competencia aquellas transacciones que originen un cambio duradero en el control económico de los agentes económicos involucrados, por lo que quedan excluidas las operaciones que sólo producen un cambio temporal o transitorio de control.

Hay cambio de control duradero cuando los acuerdos se celebran por un periodo definido de tiempo, si dichos acuerdos son renovables o si el periodo previsto es suficientemente largo.

En sentido contrario, no se consideran concentraciones económicas a los contratos o acuerdos de cooperación entre empresas que pueden ser fácilmente revocados por futuras decisiones individuales de las partes y demás contratos no duraderos.⁴

1.2 Concentración económica notificable

No todas las concentraciones económicas están sujetas a la obligación de notificación. Para que dicha obligación exista deben cumplirse dos requisitos, tal como lo establece la Ley N°9736, art. 89:

³ Comisión Europea (2008). Op.cit.

⁴ https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wpcontentwp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

1. La operación debe tener incidencia en Costa Rica: “Que participen al menos dos agentes económicos que realicen o hayan realizado actividades con incidencia en Costa Rica en cualquier momento durante los dos períodos fiscales previos a la transacción” (art. 89 inc. a).
2. Las ventas brutas de los notificantes deben superar los umbrales monetarios de notificación (art. 89 inc. b y c)

1.2.1 Incidencia en Costa Rica

El artículo 1 inciso g) de la ley N° 9736 define: “Incidencia: se considerará que un agente económico tiene actividades con incidencia en Costa Rica, cuando realiza ventas o mantiene activos productivos en el país, ya sea de forma directa o a través de terceros”. Adicionalmente, en el artículo 89, inciso a) se fija la periodicidad del criterio: los dos períodos fiscales previos a la operación.

De esta manera, el criterio de incidencia se configura cuando al menos dos de los agentes que participan en la concentración cuentan con:

- a) Ventas (directas o indirectas) o distribución (directa o indirecta) de mercaderías a clientes localizados en Costa Rica, durante los dos períodos fiscales previos a la operación.
- b) Prestación de servicios (por cuenta propia o a través de terceros) a clientes localizados en Costa Rica, durante los dos períodos fiscales previos a la operación.
- c) Producción de mercaderías (por cuenta propia o a través de terceros) en territorio de Costa Rica, durante los dos períodos fiscales previos a la operación.

Nótese que las empresas incluidas en el Régimen de Zona Franca no se encuentran excluidas de la obligación de notificar.

Al respecto, considérese el antecedente, COPROCOM Voto No 10-2020. En este caso, dos empresas extranjeras con actividades en el país por medio de distribuidores solicitaron la aprobación para la creación de un Joint Venture cuyas actividades se realizarían exclusivamente en el extranjero. COPROCOM consideró que el requisito de incidencia local estaba satisfecho por las ventas locales de las partes del acuerdo, independientemente de si la entidad resultante tendría o no actividades en Costa Rica.

1.2.2 Umbrales monetarios

El artículo. 89 (incisos b y c) de la Ley N°9736 establece los umbrales monetarios que originan el deber de notificar una concentración según lo siguiente:

- I. Que ya sea la suma de las ventas brutas o la suma de los activos productivos en Costa Rica, del conjunto de los agentes económicos involucrados en la transacción, hayan alcanzado, durante el periodo fiscal anterior, montos

iguales o superiores al umbral establecido por la COPROCOM, dentro del rango de treinta mil a sesenta mil salarios base. (artículo 89 inciso b).

- II. Que individualmente, al menos dos de los agentes económicos involucrados en la transacción, hayan generado ventas brutas o posean activos productivos en Costa Rica durante el ejercicio fiscal anterior, por montos iguales o superiores al umbral establecido por la COPROCOM, dentro del rango de mil quinientos a nueve mil salarios base. (artículo 89 inciso C)

Nótese que en la Resolución COPROCOM 01-2019 se estableció en 30 mil salarios base para el supuesto previsto en el inciso b) del artículo 89 y en 1500 salarios base para el supuesto previsto en el inciso c) del artículo 89. El Voto 06-2020 muestra un caso en el que se archivó la solicitud de autorización de concentración de una operación por no satisfacer estos criterios⁵.

Por otra parte, hay concentraciones que se originan en varias transacciones sucesivas. Las transacciones sucesivas son operaciones interdependientes, porque no se hubiera realizado una sin la otra y la primera transacción puede ser considerada como la primera etapa de una única concentración, definida por la adquisición duradera del control por el comprador definitivo.⁶ Serán consideradas en el ámbito de análisis de transacciones sucesivas aquellas operaciones que se efectúan dentro de un tiempo de dos años. En la OP-COPROCOM-014-2020, la COPROCOM señala al respecto “Resulta claro para esta Autoridad, que existen ocasiones en que esas transacciones sucesivas forman parte de un plan de compra más amplio entre las partes, que se puede dar en diferentes etapas y que finalmente en un periodo determinado de tiempo, se consideren como una única concentración económica” y advierte además “el espíritu del legislador al redactar el párrafo quinto del artículo 89, fue evitar que los agentes económicos evadan la notificación de concentraciones al realizar las operaciones de fusión de manera fraccionada”.

Por lo tanto, los umbrales (combinado e individual) aplican también para transacciones sucesivas que se perfeccionen dentro de un plazo de dos años, que estarán sujetas a la obligación de notificar si en total superan los umbrales referidos (art. 89, segundo párrafo).

Además, el art. 126 del Reglamento de la precitada ley establece los siguientes parámetros (Decreto Ejecutivo N°43305 del 29/10/2021)

⁵ Señaló en ese caso la COPROCOM “que entre todas las empresas del grupo económico al que pertenece el comprador no generaron ingresos en territorio costarricense que superen el umbral individual de 1.500 salarios base, que para el año 2020 equivale a \$675.300.000. De igual forma, los activos de tales empresas tampoco llegaron a superar dicho umbral establecido por este Órgano en la RESOLUCION COPROCOM 01-2019”.

⁶ Comisión Europea (2008). Op.cit.

- a) Las ventas brutas totales generadas por los agentes económicos involucrados durante el último ejercicio fiscal, correspondientes a sus actividades ordinarias con incidencia en Costa Rica.
- b) El valor de los activos productivos podrá calcularse según el valor contable total de los activos registrado en los estados financieros de los agentes económicos involucrados, durante el ejercicio fiscal inmediato anterior a la transacción notificada, junto con el valor de los activos productivos de las empresas relacionadas que realicen o hayan realizado actividades económicas en Costa Rica durante los dos períodos fiscales previos a la transacción; o bien, según el valor comercial de los activos productivos, que equivale al precio pagado por ellos en la transacción.

Asimismo, también en el Reglamento se aclara que “Cuando las ventas brutas o el valor de los activos productivos registrados en los Estados Financieros de los agentes económicos involucrados consten en moneda distinta al colón costarricense, deberá emplearse para su conversión el tipo de cambio promedio del Banco Central de Costa Rica a la fecha de emisión de dichos Estados Financieros”.

Los valores vigentes en moneda corriente de ambos umbrales monetarios (combinado e individual) son fijados por Resolución de COPROCOM y comunicados al público por los medios apropiados.

Cálculo de las ventas brutas y el valor de los activos para determinar si se alcanzan los umbrales y se genera la obligación de notificar.

En suma y conforme a lo precedente, los agentes económicos deberán basarse en la información sobre ventas brutas y valor de los activos que consten en los Estados Financieros (individuales o consolidados) de los periodos fiscales pertinentes (valor de libros). Los activos productivos deben incluir tanto activos tangibles como licencias, derechos de propiedad intelectual y otros activos intangibles. Cuando la empresa hubiese experimentado cambios importantes con posterioridad al cierre del año fiscal anterior y de previo a la notificación, deberá hacerse un ajuste de los valores para tener en cuenta los cambios permanentes en la realidad económica de las empresas afectadas, por lo que las cifras referidas en los estados financieros deben ajustarse para reflejar adquisiciones y desinversiones que ocurrieron recientemente y que no fueron contempladas en los estados financieros disponibles.⁷ Tales ajustes deberán reflejarse y justificarse en la notificación de la concentración.

En caso de no existir información auditada de las ventas o activos se admitirá el uso de datos no auditados de la contabilidad o registros internos del agente económico o bien el monto de ingresos o renta brutos declarados por el agente económico ante la Administración Tributaria.⁸ Esto procede, por ejemplo, en el

⁷ Comisión Europea (2008). Op.cit.

⁸ FNE, Chile (2019).

caso de compañías que no están legalmente obligadas a auditar sus estados financieros, cuando se trata de la adquisición de una unidad de negocios que no prepara estados financieros de forma aislada del resto de la empresa, o de otras circunstancias similares.

Umbral combinado. Según el tipo de acto o contrato que perfecciona la concentración, el umbral combinado se calcula del modo siguiente.

1. Fusión o alianza estratégica: se suman las ventas o los activos productivos en Costa Rica de todos los agentes económicos involucrados que se fusionan o se asocian para la formación del nuevo agente económico.
2. Adquisición de control exclusivo: se suman las ventas o los activos productivos en Costa Rica del agente económico involucrado que adquiere control, del agente económico involucrado como objetivo de la transacción y las ventas o activos del vendedor o socio saliente⁹.
3. Adquisición de control conjunto: se suman las ventas o los activos productivos de todos los agentes económicos involucrados que adquieren control más las ventas o los activos del agente económico involucrado como objetivo de la transacción.
4. Transformación de control conjunto en exclusivo: se suman las ventas o los activos productivos del agente económico que adquiere control exclusivo y del agente objetivo.
5. Adquisición de activos, de parte de una empresa o de una unidad de negocios: se suman las ventas o los activos productivos del agente o los agentes económicos involucrados que adquieren control, de los activos o la unidad de negocios objetivo y del agente o los agentes económicos que venden los activos en cuestión¹⁰.
6. Transacciones sucesivas: se suman las ventas o los activos productivos del agente o de los agentes económicos involucrados que adquieren control de modo definitivo y del agente económico involucrado como objetivo.

Grupo económico. Si alguno de los agentes económicos forma parte de un grupo económico, se considerarán las ventas brutas consolidadas y los activos productivos del grupo económico en Costa Rica. Las ventas brutas incluyen los ingresos totales generados en Costa Rica por cada agente económico involucrado en la transacción y sus empresas relacionadas producto de sus actividades ordinarias, sin considerar las ventas y transacciones realizadas con otras entidades que formen parte del mismo grupo económico (ver sección 1.2.2.1). Se

⁹ Véase definición de agentes económicos involucrados según los antecedentes de la COPROCOM (sección 1.2.2.1).

¹⁰ Véase definición de agentes económicos involucrados según los antecedentes de la COPROCOM (sección 1.2.2.1).

considerarán los Estados Financieros Consolidados o la información que los origina como fuente de información.

Asignación geográfica. Para el cálculo de los umbrales combinado e individual de ventas, en concordancia con el criterio de incidencia local, se tomarán en cuenta únicamente las ventas en Costa Rica. En términos generales, la asignación geográfica de las ventas de mercaderías o de prestación de servicios coincidirá con el lugar donde se entrega el producto o se presta el servicio, independientemente del lugar donde se encuentre el vendedor o donde se realice o se facture la contratación. También se considerarán realizadas en Costa Rica tanto las ventas directas como las indirectas (a través de terceros como por ejemplo distribuidores independientes).

En cuanto al cálculo del valor de los activos adquiridos de acuerdo con el precio pagado en la transacción, en los casos de operaciones internacionales en los que no se encuentre desagregado el precio correspondiente a los activos localizados en Costa Rica. Se podrá realizar una asignación geográfica del valor utilizando la proporción (porcentaje) que representan las ventas en Costa Rica respecto de las ventas totales de los activos involucrados en la transacción a nivel internacional.

Grupo económico o agente económico internacional. Si el agente económico involucrado pertenece a un grupo económico internacional, sólo se considerarán las ventas consolidadas en Costa Rica o el valor de los activos localizados en Costa Rica.

Respecto de este tema, puede consultarse como antecedente la OPINIÓN N°028-2021 del 21 de octubre de 2021. La operación consistió en la compra de tres marcas de productos alimenticios por parte de una empresa local, que ya comercializaba dos marcas de productos alimenticios. La compradora era controlada por un grupo económico de Guatemala, que exportaba hacia Costa Rica alimentos bajo otras dos marcas. Por tanto, dado que el grupo comprador controlaba cinco marcas en Costa Rica, con la operación su portafolio pasaría a contar con siete marcas. La operación cumplía con el criterio del inciso a), pero no con los umbrales monetarios de los incisos b) y c). La suma de las ventas y de los activos operativos en Costa Rica, relacionados con las siete marcas no superaba el umbral monetario conjunto del inciso b), incluyendo los servicios de maquila. Tampoco se superaba el umbral individual del inciso c), cuando se sumaban las ventas de las tres marcas a incorporar, con las dos marcas de producción local o, alternativamente, con las dos marcas que importaban desde Guatemala. Con relación al inciso c) la decisión ha hecho referencia a la Resolución COPROCOM 01-2019 del 19 de noviembre del 2019, que planteó que debe valorarse si, por separado, al menos una empresa del comprador y una empresa del vendedor cumplen el umbral establecido en el inciso c).

Otro antecedente proviene del Voto Confidencial N° 005-2022 del 24 de febrero de 2022. Un grupo económico diversificado en los sectores inmobiliario, salud, comercio, co-inversiones, agroindustria y servicios, a través de una de sus firmas dedicada a planes de medicina prepagada, adquiriría el 100% del capital social de

una empresa costarricense que operaba nueve centros de salud nutricional. En este caso las ventas de la empresa objetivo no alcanzaban el umbral individual del inciso c).

1.2.2.1 Agentes económicos involucrados

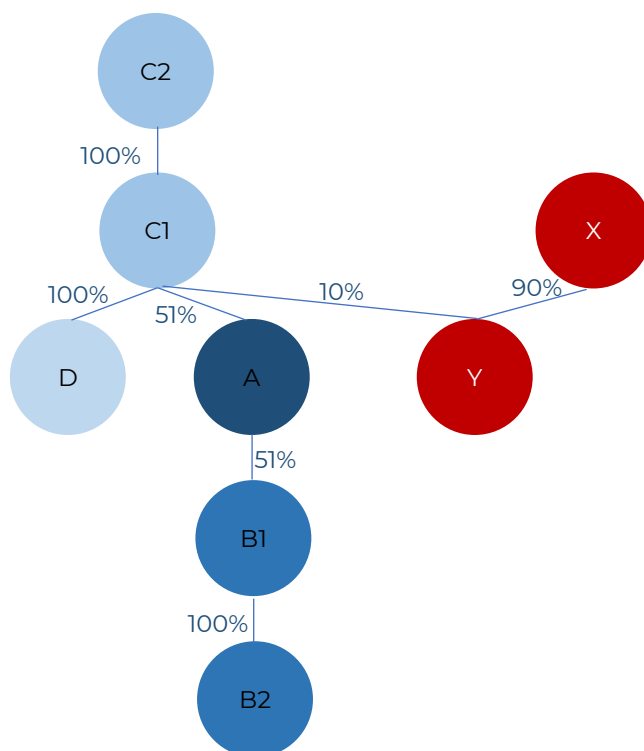
A los efectos del cálculo de las ventas brutas y el valor de los activos para determinar si se alcanzan los umbrales y se genera la obligación de notificar, los agentes económicos involucrados serán los que forman parte del grupo económico. Por lo tanto, los agentes económicos involucrados, para los que se sumarán las ventas brutas y el valor de los activos serán los siguientes:

- A. El agente económico afectado por la transacción. Son agentes económicos afectados por la transacción las empresas que se fusionan, el o los agentes económicos adquirentes, el agente económico objetivo y, según los antecedentes de la COPROCOM, también el o los agentes económicos vendedores¹¹ (A en el ejemplo del Diagrama 3);
- B. Los agentes económicos en los que el agente económico afectado disponga, directa o indirectamente de influencia decisiva. Los agentes económicos considerados serán aquellos en los que el agente económico afectado disponga, directa o indirectamente (B1 y B2 en el ejemplo del Diagrama 3):
 - i. de más de la mitad del capital, o
 - ii. del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o
 - iii. del poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente al agente económico, o
 - iv. del derecho de veto cuando otorgue control en los términos indicados en la sección (1.1.2.1);
- C. Los agentes económicos que dispongan, en el agente económico afectado, de los derechos o facultades enumerados en el párrafo B anterior (C1 y C2 en el ejemplo del Diagrama 3);
- D. Los agentes económicos en los que uno de los agentes económicos de los contemplados en el párrafo C anterior disponga de los derechos o facultades enumerados en el párrafo B (D en el ejemplo del Diagrama 3);
- E. Los agentes económicos en los que dos o más agentes económicos de los contemplados en los párrafos A a D anteriores dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en el párrafo B.

¹¹ Véase la versión pública del Voto N°49 de COPROCOM del 8 de diciembre de 2020, mediante el cual se resolvió sancionar por falta de notificación de una concentración económica a los agentes económicos adquirente y vendedores.

En el Diagrama 3 se muestra un ejemplo gráfico de agentes económicos involucrados en una operación de concentración económica, para los que se sumarán las ventas a los efectos de determinar si alcanzan los umbrales de notificación.

Diagrama 3. Ejemplo: Agentes económicos involucrados



Referencias:

A: agente económico afectado por la transacción

B1: filial de A

B2: filial de B1, que es a su vez filial de A

C1: agente económico controlante de A)

C2: agente económico controlante de C1

D: filial de C1

X, Y: agentes económicos no involucrados

En el ejemplo del Diagrama 3, se toma como punto de partida un agente económico afectado por la transacción (A). El agente económico A es parte de la transacción, ya sea porque se fusiona con otro, porque adquiere activos productivos o control sobre otro, porque es el objetivo de la transacción, o porque es el vendedor¹² de la empresa o activos objetivo de la transacción. B1 y B2 son agentes económicos en los que A dispone, directa o indirectamente de influencia decisiva porque dispone de más de la mitad del capital (párrafo B inciso i). C1 y C2

¹² Voto N°49 de COPROCOM, op. cit.

son agentes económicos controlantes, directa o indirectamente, de A (párrafo C). D es un agente económico controlado por C1, que es un agente económico controlante de A (párrafo D). Y es un agente económico en el que A posee sólo participación minoritaria. X es un tercero, no involucrado en la transacción. Por lo tanto, los agentes económicos involucrados que deben tomarse en cuenta para el cálculo de las ventas brutas y del valor de los activos productivos son: A, B1, B2, C1, C2 y D.

1.3 Vías para una operación de concentración económica

El artículo 88 de la Ley N°9736 enumera de manera no exhaustiva varias vías mediante las cuales puede producirse una operación de concentración económica, siempre que se configure como elemento esencial un cambio estable y duradero en la estructura de control de agentes económicos previamente independientes. Estos son los tipos de transacciones mediante las cuales se materializan las concentraciones económicas sujetas a notificación obligatoria (Diagrama 4).

Diagrama 4. Vías para una operación de concentración económica



1.3.1 Fusión

Se produce una fusión de sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola. Existen dos tipos de fusiones:

- (i) Fusión por constitución o integración, la cual tiene lugar cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva; y

- (ii) Fusión por absorción, aquellas que resultan cuando una sociedad ya existente incorpora a otra u otras que sin liquidarse son disueltas.

Ambas pueden constituir concentraciones económicas.

También puede darse una fusión de hecho si las entidades que se fusionan mantienen personalidades jurídicas separadas pero mediante acuerdos contractuales se convierten en una única unidad económica. Es imprescindible la formación de una dirección común, una gestión económica única y permanente. Otros factores relevantes son, entre otros, la compensación mutua de beneficios y pérdidas, acuerdos de distribución de los ingresos, responsabilidad solidaria frente a terceros, división de riesgos externos o participaciones cruzadas.¹³

1.3.2 Adquisición de control económico

Las adquisiciones de capital son una forma usual de adquirir control de un agente económico. Esta adquisición se puede dar mediante el traspaso de acciones, cuotas u otros títulos de participación en el capital. También es posible adquirir participaciones en el capital social de una empresa por medios indirectos, como por ejemplo la adquisición de cualquier tipo de derecho patrimonial cuantificable que forme parte de este. Las adquisiciones o inversiones en el capital de un agente económico constituyen una concentración sólo si originan alguna modificación en su control económico.

La adquisición de control económico involucra tanto los casos de adquisición de control exclusivo como conjunto y los cambios en la naturaleza del control que se describen en la sección 1.1.2.1.

Como antecedente se puede consultar *el Voto N°17-2021 del 10 de junio de 2021*, en el que COPROCOM autoriza en Fase 1 una operación internacional con efectos en Costa Rica por la cual dos fondos de inversión internacionales adquieren control conjunto de la división de negocios de una empresa también internacional, dedicada al negocio de los productos biocidas, con ventas en Costa Rica. Cada fondo contaba con ventas y actividad económica en Costa Rica a través de una multiplicidad de empresas en diversos rubros.

1.3.3 Adquisición de activos

La transferencia de activos puede producir una concentración económica si estos tienen en su conjunto suficiente relevancia económica que permita atribuirles un volumen de negocios propio, como cuando los activos adquiridos son una unidad de negocio que puede operar en forma autónoma. Para ello deben cumplirse tres requisitos:

- (i) la transacción debe involucrar todos aquellos activos que posibiliten el desarrollo de una o varias actividades;

¹³ Comisión Europea (2008). Op.cit.

- (ii) se debe poder atribuir, actual o potencialmente, a la explotación o utilización de esos activos un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios; y
- (iii) los activos deberán, por sí mismos, generar asuntos de naturaleza económica, es decir, deberán permitir de alguna manera producir bienes o servicios que puedan ofrecerse en el mercado.

En estos casos, la venta o cesión de un grupo de activos o de una parte de una empresa se considerará una concentración económica independientemente de si, con posterioridad a la transacción, este grupo de activos operará de forma autónoma o se integrará con otras actividades del comprador.

Existen también algunos casos en los que los activos traspasados son insuficientes para operar de forma autónoma, pero, aun así se les puede atribuir capacidad de generar ventas y, en consecuencia, su traspaso podría ser una concentración. Esto se da, por ejemplo, si se traspasa una base suficiente de clientes; un grupo de activos inmateriales (como marcas, patentes o derechos de autor); u otros; siempre que se les pueda asignar de forma clara y directa un volumen de negocios o ingresos propios.

La definición de activos comprende tanto activos tangibles como intangibles. En ese contexto, un contrato de tercerización, una marca, una cartera de clientes, un local comercial con clientela propia, una concesión de explotación de hidrocarburos, entre otros, pueden ser activos cuya venta origine la obligación de notificar una concentración, siempre que su funcionamiento pueda asimilarse a una empresa o agente económico independiente, con un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios. La adquisición de bienes inmuebles tales como edificaciones o terrenos, sólo puede generar la obligación de notificar en la medida en que dicha transacción genere una concentración.

La compraventa de un establecimiento mercantil es una de las formas de adquisición de activos que representa una concentración económica, ya que sus elementos constitutivos, como las instalaciones, las existencias en mercaderías, el nombre y la enseña comercial, la clientela, las marcas y patentes y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística, cumplen con los requisitos indicados que le permiten poseer un volumen de negocios propio y operar en forma autónoma.

Un antecedente nacional es el Voto N°02-2021 del 4 de febrero de 2021, en el que COPROCOM analizó la venta de un inventario de repuestos de automóviles.

1.3.4 Alianza estratégica, empresa en participación o joint venture

Las alianzas estratégicas también se conocen como empresas en participación o “joint ventures”. Constituyen una asociación de agentes económicos independientes entre sí creada para emprender un proyecto empresarial específico, sin comprometer su independencia jurídica y económica. Desde el

punto de vista de su gobernanza corporativa, los joint ventures son entidades controladas en conjunto por los agentes que los constituyen.

Los joint ventures suelen estar motivados en la necesidad de distribuir riesgos y/o requerimientos de capital del proyecto empresarial en cuestión. Por ello son habituales en las industrias de extracción o explotación de recursos naturales, donde los costos de capital y la posibilidad de fracaso son altos, y también son frecuentes en actividades que apuntan al desarrollo de nuevas tecnologías.

La conformación de una alianza estratégica es una operación de concentración notificable sólo si se constituye un agente económico con plenas funciones y perdurable o con intención de permanencia en el tiempo. El negocio debe tener una actuación autónoma en el mercado, no sirviendo a los propósitos exclusivos de las partes que lo conforman. Su actividad debe exceder el mero auxilio o apoyo a las firmas que la controlan, formando parte de un mercado que las exceda. En este caso, se presume que la nueva entidad es un joint venture con plenas funciones y por ello tiene capacidad de producir cambios estructurales en el mercado y la operación constituye una concentración económica notificable.

Para que una alianza estratégica, empresa en participación o joint venture resulten notificables deben desempeñar todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas que participan en el mercado en que dicha alianza estratégica, empresa o joint venture participará (lo cual implica que posean plenas funciones). En este sentido, deben contar con autonomía operativa, disponiendo, por ejemplo, de un domicilio específico dedicado a las operaciones diarias, y accediendo a suficientes activos tangibles o intangibles, recursos humanos y financieros como para desarrollar su actividad empresarial de forma duradera.

En suma, los siguientes cuatro elementos denotan una alianza estratégica notificable:

- a) Control conjunto de las partes que lo originan.
- b) Autonomía operativa o funcional.
- c) Duración o intención de permanencia.
- d) Plenas funciones.

En sentido contrario, una empresa en participación no constituirá una concentración notificable si asume únicamente una función específica dentro de las actividades comerciales de las empresas matrices o que dependa significativamente de ellas, sin tener acceso o presencia propia en el mercado. En este caso, la empresa en participación será exclusivamente auxiliar respecto de las actividades de las matrices.¹⁴

Los acuerdos de cooperación temporales en los que las partes mantienen su independencia de funciones, no existe ningún grado de integración ni creación

¹⁴ Comisión Europea (2008) op.cit.

de una entidad bajo control conjunto, y realizan de forma coordinada funciones accesorias o auxiliares con relación a cada una de las partes del acuerdo, no son concentraciones económicas notificables.¹⁵

Como antecedente se destaca el *Voto N°12-2020 del 17 de marzo de 2020* en el cual COPROCOM autorizó en primera fase la conformación de un Joint Venture internacional que tendría sede y operaría en Brasil, entre dos firmas internacionales japonesas, una dedicada a la fabricación y venta a escala global de automóviles y la otra dedicada a productos de hierro y acero, químicos y grandes infraestructuras. Ambas empresas tenían actividad económica en Costa Rica.

1.3.5 Otros actos de concentración

Para establecer si existe una concentración notificable, prevalece la sustancia de la transacción por encima de las formas. Siempre que una transacción resulta en la constitución duradera de un agente económico autónomo y distinto a aquellos que lo precedieron, tal operación debe ser considerada una concentración, independientemente de la forma jurídica utilizada para llegar a tal resultado.

Una concentración notificable incluye actos que no significan necesariamente la obtención del control vía accionaria o la transmisión de activos o acciones, pero que tienen efectos equivalentes. Cualquier acto o sucesión de actos que resulte en la integración de sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos y que resulten en un cambio de control duradero o en la formación de nueva unidad económica, pueden calificar como concentración notificable.

1.4 Plazo para notificar

La notificación deberá realizarse en cualquier momento a partir de que exista algún acto tendiente a concretar la concentración y hasta antes de su ejecución.

Aquellas operaciones que fueran presentadas ante la autoridad de competencia con posterioridad a su ejecución, y con anterioridad a la apertura de una investigación preliminar por hechos relacionados con la ausencia de esta notificación, serán consideradas notificaciones tardías (artículo 2 del Reglamento), y serán tramitadas conforme con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley N°9736.

De acuerdo con el artículo 89 de la Ley N°9736 todos los agentes económicos participantes en la concentración tendrán la obligación de notificarla ante la COPROCOM.¹⁶ No obstante, bastará con la notificación realizada por cualquiera de ellos para liberar a los demás de esta obligación.

¹⁵ Los acuerdos entre agentes económicos independientes, incluidos los que impliquen joint ventures que no resulten sujetos a la obligación de notificar, se encuentran sujetos a lo establecido en los artículos 1, 11 y 12 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N°7472.

¹⁶ Los agentes participantes en la concentración son los agentes económicos involucrados, definidos en la sección 1.2.2.1, según los antecedentes de la COPROCOM.

El artículo 95 de la Ley N°9736 prevé que en casos excepcionales las partes podrán solicitar la dispensa de la suspensión de la transacción, de modo que pueda ejecutarse antes de ser autorizada. Para evaluar la solicitud se tendrá en consideración el balance entre los potenciales perjuicios para las partes que causaría la suspensión y los potenciales efectos sobre la competencia de la ejecución de la operación.^{17,18}

1.5 Excepciones del deber de notificación

El artículo 91 de la ley N°9736 y el artículo 132 del Reglamento establecen que estarán exentas del deber de notificación previa las siguientes operaciones:

- a) Adquisiciones de bienes y servicios realizadas dentro del giro habitual de negocios del comprador, sin que tengan el objeto o efecto de concentrar las operaciones de agentes económicos independientes entre sí.

La reestructuración interna de un grupo económico no es una concentración económica notificable, ya que no se trata de combinación de agentes independientes entre sí.

- b) Compras de activos, acciones o participaciones realizadas de forma transitoria y con fines de revenderlas, siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones:
 - i) la reventa se realice dentro del plazo de un año contado desde su adquisición,
 - ii) el comprador no participe en la toma de decisiones relacionadas con estrategias comerciales del agente económico adquirido y,
 - iii) previo a su reventa, los activos, las acciones o las participaciones no sean objeto de una nueva concentración que deba ser notificada.

La compra de títulos por entidades de crédito, financieras o de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros no se considerará una operación de concentración, si dicha compra se efectúa dentro del ejercicio de sus actividades, si los títulos se adquieren para su reventa y se poseen sólo con carácter temporal, si la compradora no puede ejercer los derechos de voto con objeto de determinar el comportamiento competitivo de la empresa y si la compradora enajena su participación en un plazo breve, siempre menor a un año.

¹⁷ Comisión Europea (2008). Op.cit.

¹⁸ Un antecedente en el cual COPROCOM rechazó la solicitud de dispensa de suspensión de una operación puede consultarse en el Voto N°02-2021 del 4 de febrero de 2021. A modo de ejemplo de un caso en el que la dispensa fue concedida por la Comisión Europea véase Case M.10564 – APOLLO / MISSGUIDED.

Los contratos de fideicomiso. El traspaso de los activos al fiduciario no es una concentración, si el fiduciario no ejercerá los derechos como titular de las acciones o activos traspasados, limitándose únicamente a asegurar su custodia y el mantenimiento de su valor.

Transferencia de acciones en garantía por un crédito. Sólo estarán exentas de la obligación de notificar si el plazo es breve, siempre menor a un año.

1.6 Especificidad del sector financiero

Conforme lo dispuesto en el artículo 27 bis de la ley N°7472, corresponde a la COPROCOM autorizar, condicionar o denegar las concentraciones que involucren a una o más entidades reguladas o supervisadas por las superintendencias del sistema financiero. Por lo que las entidades reguladas o supervisadas deberán notificar las concentraciones a la COPROCOM conforme se establece en los artículos 88 y siguientes de la ley N°9736 y su reglamento.

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) remitirá un criterio razonado a la COPROCOM indicando si le corresponde a ese organismo tramitar y resolver el tema, por fundamentos de tipo prudencial.¹⁹

Las concentraciones que involucren entidades reguladas o supervisadas que se encuentren sujetas a un proceso de intervención o a un proceso de resolución, estarán exentas del deber de notificación ante la COPROCOM.

Las adquisiciones de carteras de inversión, en la medida en que, por ejemplo, impliquen la adquisición de una cartera de clientes, pueden constituir una concentración económica notificable. Ello dependerá de si concurren los elementos descritos en la sección precedente, sobre adquisiciones de activos que deben notificarse. A saber: (i) la adquisición debe involucrar todos aquellos activos que posibiliten el desarrollo de una o varias actividades; (ii) se debe poder atribuir, actual o potencialmente, a la explotación o utilización de esos activos un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios; y (iii) los activos deberán, por sí mismos, generar asuntos de naturaleza económica.

Un antecedente al respecto fue la compra de la cartera de crédito de COOPEASAMBLEA por parte de COCIQUE, operación que fue aprobada en primera fase (Voto N°09-2020). También la operación por la cual COOPEALIANZA R.L. adquirió una parte de la cartera de créditos de la CAJA DE PRÉSTAMOS Y DESCUENTOS DE LOS EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL (CAPREDE) también aprobada en primera fase (Voto N°48-2020). Además, la OPINIÓN COPROCOM N°007-2022, en la cual COPROCOM indicó que había obligación de notificar luego de que la Cámara de Bancos e Instituciones Financieras de Costa Rica argumentara que el traspaso de carteras de clientes no era notificable.

¹⁹ De acuerdo con la normativa vigente del Sistema Financiero.

1.7 Renuncia voluntaria a la confidencialidad en operaciones multi-jurisdiccionales

Cuando una operación requiere ser notificada en más de una jurisdicción, la renuncia voluntaria o dispensa de la confidencialidad facilita la cooperación y la coordinación en el proceso de revisión entre agencias de competencia, contribuyendo a producir resoluciones y medidas remediales compatibles.²⁰

La renuncia a la confidencialidad es de interés para las partes notificantes, ya que, agiliza los procedimientos, evita conflictos y promueve la convergencia en el análisis y las decisiones de las agencias de distintas jurisdicciones.

La dispensa de confidencialidad es un trámite recíproco que se realiza ante COPROCOM y la autoridad de competencia de otra jurisdicción, y les permite a ambas acceder a información, documentos y análisis producidos en los procedimientos instruidos por cada autoridad, incluyendo lo relacionado con la adopción de medidas remediales, lo cual les posibilita evitar duplicaciones y reducir los plazos.

Los principios rectores de la dispensa de confidencialidad (*confidentiality waiver*), de acuerdo con los lineamientos de la International Competition Network, son los siguientes:²¹

- **Carácter voluntario.** La decisión de una parte de renunciar a la confidencialidad es puramente voluntaria. COPROCOM no realizará ninguna inferencia adversa para una parte, basada en su decisión de no conceder la dispensa.
- **Alcance amplio o restringido.** El alcance de la dispensa (la información que cubre) será determinada por la parte otorgante, en el momento en que se procede a la renuncia de la confidencialidad. La dispensa puede cubrir todas las informaciones provistas a otra autoridad en el marco de la revisión de la operación o limitarse a temas específicos, por ejemplo: definición del mercado relevante, barreras de entrada, propuestas de medidas remediales, entre otros. También puede excluir cuestiones específicas, como la información que es privilegiada bajo la ley de otra jurisdicción.
- **Duración.** La dispensa será válida hasta que la resolución de COPROCOM se encuentre firme en sede judicial.

²⁰ International Competition Network (2005), Waivers of Confidentiality in Merger Investigations. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/model-confidentiality-waiver-for-mergers/>

²¹ International Competition Network (2005), op.cit.

- **Mantenimiento de la confidencialidad.** COPROCOM no compartirá la información cubierta por la dispensa con terceros, ni la divulgará al público, conforme a lo reglado por la legislación nacional en la materia.

En el Anexo I se adjunta un modelo de dispensa de confidencialidad que surge de lo publicado por la International Competition Network.²²

²² International Competition Network (2005), op.cit.

2. Análisis de las concentraciones económicas

2 Análisis de las concentraciones económicas

La Ley N°9736 (art. 101) ha introducido un cambio en el estándar de análisis de las concentraciones. Se migró de un especial énfasis en la estructura de mercado, hacia un énfasis en los efectos de la transacción en el mercado, en el cual cobra centralidad la posibilidad de obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado relevante. El poder sustancial en el mercado relevante es uno de los elementos a considerar, pero no el único.

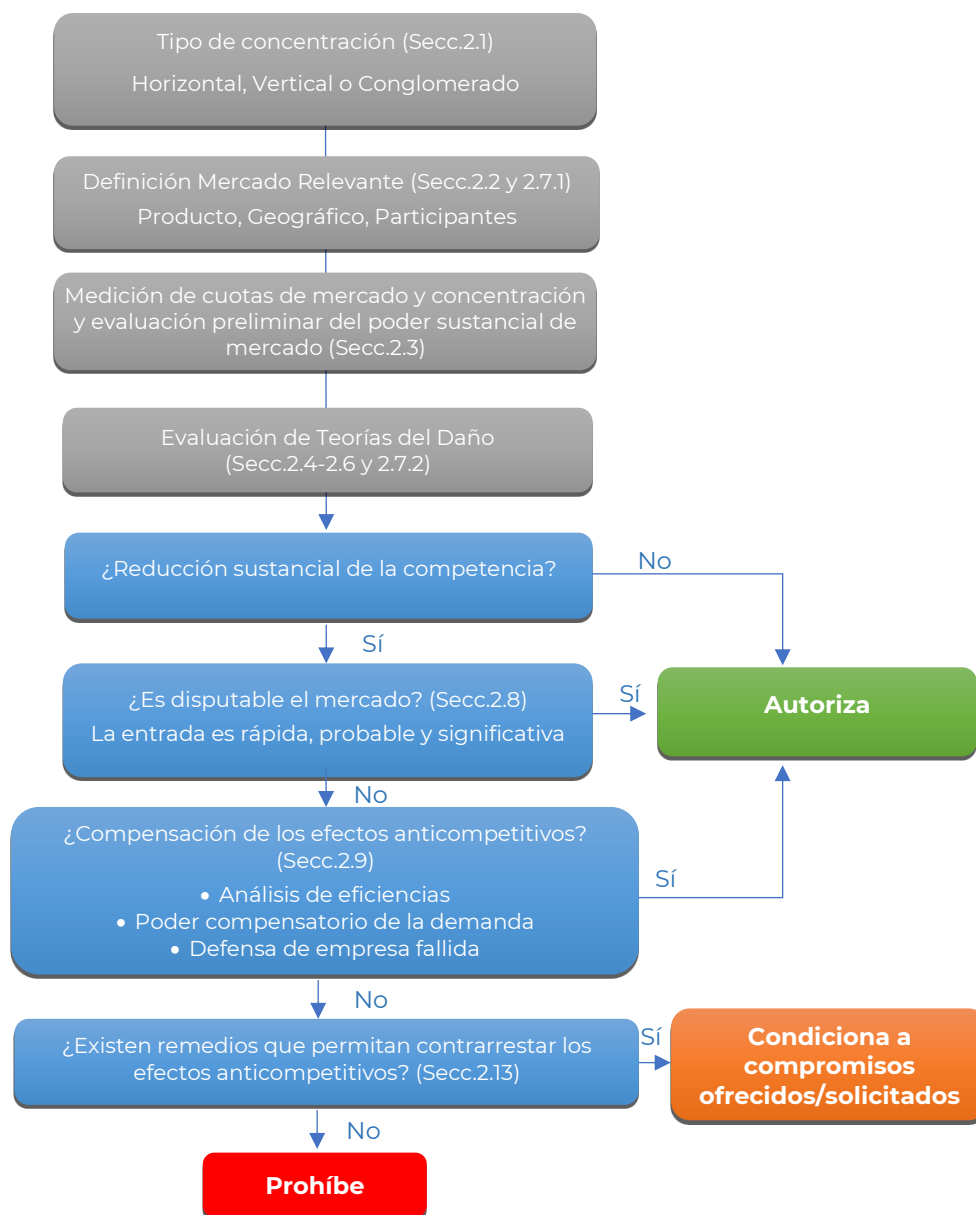
“ARTÍCULO 101- Análisis de concentraciones

Serán aprobadas por el Órgano Superior de la autoridad de competencia correspondiente las concentraciones que no tengan como objeto o efecto previsible obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado relevante afectado por la transacción, o en otros mercados similares o sustancialmente relacionados... La valoración de la autoridad de competencia correspondiente considerará la creación o el refuerzo del poder sustancial, si se posibilita la coordinación entre agentes económicos y si se generan resultados adversos para los consumidores... En el análisis de las concentraciones, la autoridad de competencia correspondiente utilizará los criterios establecidos en la Ley N° 7472... relacionados con la determinación del mercado relevante y con la existencia del poder sustancial en este... Si se determina que la concentración tiene el objeto o efecto anteriormente indicado, la autoridad de competencia correspondiente, para aprobarla, deberá valorar: ...

a) Si la concentración es necesaria para desarrollar eficiencias...cuyos beneficios sean superiores a los efectos anticompetitivos.... b) Si la concentración es necesaria para evitar la salida del mercado de activos productivos ... c) Si los efectos anticompetitivos pueden ser contrarrestados por las condiciones impuestas por el Órgano Superior correspondiente... d) Cualquier otra circunstancia que a juicio del Órgano Superior respectivo proteja los intereses de los consumidores nacionales”.

El Diagrama 5 presenta un esquema que sintetiza la metodología que se desarrolla en esta guía para llevar a cabo el análisis económico de una concentración.

Diagrama 5. Esquema de análisis de efectos de una operación de concentración económica



2.1 Tipo de operación

Las operaciones de concentración pueden ser horizontales, verticales o de conglomerado.

Una concentración es de tipo horizontal cuando las empresas que se concentran actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios que compiten entre sí (el mercado relevante). Las empresas que se concentran son competidoras directas – en términos efectivos o potenciales – y la

transacción reduce el número de competidores independientes (efectivos o potenciales) en el mercado relevante.

Una concentración es vertical cuando las empresas que se concentran actúan en etapas sucesivas de una cadena de valor de un bien o servicio. Las empresas que se concentran tienen o podrían tener una vinculación comercial del tipo proveedor-cliente. La transacción elimina un proveedor o cliente independiente (efectivo o potencial) en cada mercado relevante. En general, en este tipo de concentraciones deben definirse al menos dos mercados relevantes, uno aguas arriba y otro, aguas abajo (de la cadena de valor).

Una concentración es de conglomerado cuando las empresas que se concentran actúan en mercados completamente distintos y separados, sin conexidad de ningún tipo. La concentración no altera la estructura de la oferta o de la demanda de ninguno de los mercados en que las empresas que se concentran participan. No se elimina ningún competidor, cliente o proveedor independiente. No suele ser necesario definir con precisión mercados relevantes. Este tipo de operaciones puede encuadrar en el caso de presunción favorable descrito en el artículo 150, inciso a) del Reglamento a la ley N° 9736 *“a) Cuando ninguna de las empresas involucradas realice actividades económicas en el mismo mercado o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización”*.

Las concentraciones horizontales, son las que, prima facie, tienen mayor potencialidad de obstaculizar la competencia de modo significativo, por cuanto por su propia naturaleza resultan en la eliminación de un competidor que previo a la operación, actuaba con independencia en el mercado.

2.2 Mercado ‘Relevante’: enfoque de restricciones competitivas

2.2.1 Sustitución en la demanda

La sustitución del lado de la demanda se refiere a la posibilidad que tienen los consumidores de recurrir a otros productos si el oferente incrementa el precio de su producto, reduce la calidad o restringe la cantidad ofrecida. Este criterio consiste entonces en evaluar la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista del consumidor. La sustitución en la demanda constituye el medio más inmediato y eficaz de limitar la capacidad de una empresa de actuar de manera unilateral. La influencia de una empresa sobre las condiciones de venta vigentes, como los precios, depende de la medida en que sus clientes puedan sustituir sus productos fácilmente por otros productos disponibles.²³

Cuando existe sustitución en la demanda de productos de distintos oferentes, procede incluir esos productos en el mismo mercado relevante. El análisis considerará los obstáculos y costos de sustitución de productos particulares que

²³ Comisión Europea (2022).

puedan existir tales como costos de búsqueda, obligaciones contractuales, efectos de red, costos de portabilidad, niveles de interoperabilidad, costos de cambios de canales de venta, etc.

2.2.2 Sustitución en la oferta

La sustitución del lado de la oferta ocurre cuando existen empresas que pueden modificar su operación para ofrecer el producto en cuestión en una forma relativamente fácil y rápida. Este criterio consiste en evaluar la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista de los proveedores. La sustitución en la oferta es pertinente para la definición del mercado de referencia en algunos casos, especialmente cuando es tan inmediata como la sustitución de la demanda.²⁴

La aplicación de este criterio es menos frecuente que la de sustitución en la demanda ya que requiere competidores potenciales inmediatos que puedan ingresar al mercado o iniciar la oferta del producto. Es decir, este criterio implica que existan empresas con capacidad de reorientar su producción en un plazo relativamente corto, y de ofrecer productos sustitutos, como respuesta a un incremento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios.

A diferencia del criterio de sustitución en la demanda que se utiliza de manera general, el criterio de la sustitución en la oferta es útil en casos específicos. Algunos ejemplos de estos casos son: cuando los oferentes utilizan los mismos activos y procesos para fabricar productos relacionados que no son sustitutivos para los clientes, cuando hay significativa complementariedad en la producción o comercialización entre dos productos o servicios, cuando las empresas ofrecen productos de diferentes calidades que no son sustitutos para los clientes, pero la sustitución en la producción puede darse en poco tiempo y con bajos costos.

2.2.3 Dimensiones del mercado relevante

La definición del mercado relevante contiene dos dimensiones: la dimensión del producto y la dimensión geográfica. La dimensión del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son sustituibles por el consumidor. Por su parte, la dimensión geográfica engloba los límites territoriales que afectan la disposición o capacidad de algunos consumidores para sustituir algunos productos o la disposición o capacidad de las empresas para atender a ciertos consumidores.²⁵

2.2.3.1 Mercado relevante de producto

El mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por los demandantes, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el producto en cuestión es sustituible por otros, entonces el poder de mercado de la empresa oferente se verá limitado por la capacidad de elección de los consumidores. En efecto, dicha

²⁴ Comisión Europea (2022).

²⁵ US DOJ y FTC (2010), Horizontal Merger Guidelines, sección 4, y US DOJ y FTC (2023), Draft Merger Guidelines for Public Comment, sección III.

empresa no podrá aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar un traspaso significativo de sus ventas hacia los productos alternativos.

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 factores:

a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otros productos 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 o servicios, su posible división en segmentos o grupos, y la existencia de discriminación de precios entre los mismos.

2.2.3.2 Mercado relevante geográfico

El mercado geográfico relevante es 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.

El mercado geográfico se define en función de las áreas en donde se encuentran ubicadas las distintas fuentes de abastecimiento del producto relevante. 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.

La determinación del mercado relevante debe tomar en consideración “los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero” (fracción b del artículo 14 de la Ley N°7472), así como “los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados” (fracción c del artículo 14 de la Ley 7472). Estos factores están estrechamente relacionados con la delimitación geográfica del mercado relevante, la cual incluye todas las regiones en que los consumidores pueden adquirir los productos relevantes y los oferentes están en posibilidades de proveerlos.

Al respecto, la definición de la dimensión geográfica del mercado relevante dependerá en gran medida de los costos de transporte de los bienes y, de manera

sustantiva, de si es el proveedor o el consumidor quien se desplaza para la adquisición del bien o servicio.²⁶

En caso de que el consumidor se desplace hacia las instalaciones de los proveedores para adquirir el producto, la dimensión geográfica se determinaría en función de la ubicación de los oferentes. En este caso, una región conformaría la dimensión geográfica del mercado relevante si, ante un incremento en el precio, los consumidores no son capaces de acudir a otras regiones para la adquisición del producto relevante.

Cuando fuera el oferente el que se desplaza hacia la ubicación del consumidor, la dimensión geográfica se basaría en la ubicación del consumidor. En este caso, aquellos proveedores que accedieran a dicha ubicación, ante un incremento en el precio, deberían ser incluidos en el mercado relevante independientemente de su propia ubicación.

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.

Cuando el tiempo de traslado es un factor significativo una opción es el uso de isócronas para definir mercados geográficos. Una isócrona es una frontera que delimita el conjunto de puntos a los que se puede llegar desde un punto de referencia en un tiempo determinado. Al decidir sobre el tiempo que determina el alcance de la isócrona, las autoridades de competencia pueden considerar aspectos como los costos de traslado o cualquier otro factor que influya en los patrones de traslados de los consumidores y/o oferentes.²⁷

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, hasta global. Esto ocurre, por ejemplo, cuando existen niveles significativos de importaciones y exportaciones entre un país y otro, de modo que las empresas que operan en dos

²⁶ US DOJ y FTC (2010), op.cit., sección 4.2, y US DOJ y FTC (2023), op.cit., Appendix 3.

²⁷ Como ejemplo del uso de isócronas para la definición geográfica del mercado relevante se encuentra el análisis de autoridad de competencia de Chile en el que autorizó la concentración entre SMU S.A. y la Inmobiliaria Santander S.A. (investigación FNE F311-2022).

países ofrecen volúmenes sustanciales de sus ventas en ambos, para que conformen el mismo mercado relevante.

La sola existencia de importaciones no significa que deba ampliarse el mercado relevante al país de procedencia de estas. La definición del mercado relevante geográfico debe tomar en consideración “las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos” (fracción d del artículo 14 de la Ley N°7472). Tales restricciones se relacionan con barreras estructurales a la entrada de carácter reglamentario que pueden impedir ya sea los consumidores puedan adquirir los productos o servicios a través de otros proveedores o limitan o restringen la posibilidad que potenciales proveedores puedan ingresar al mercado. Algunos ejemplos de este tipo de barreras incluyen las restricciones en la cantidad de bienes provenientes de otras regiones, o la imposición de impuestos u otras restricciones a las importaciones y exportaciones.

2.2.4 Criterio conceptual para la determinación de los mercados relevantes: la prueba del monopolista hipotético, o SSNIP test²⁸

La fracción a) del artículo 14 de la Ley 7472 abarca ambos tipos de análisis de sustitución (en la demanda y en la oferta) para la determinación del mercado relevante. Para definir “las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate”, se utilizan metodologías que se basan conceptualmente en la “prueba del monopolista hipotético”. De tal manera, 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.

Más precisamente, este criterio consiste en evaluar si a un monopolista hipotético -del producto que es el candidato para constituir un mercado relevante- le resultaría rentable realizar un aumento pequeño pero significativo y no transitorio del precio.²⁹ Por un lado, si el aumento de precio no es rentable, implica que existen bienes o servicios que son sustitutos de los provistos por el monopolista, por lo que el mercado candidato debe ampliarse para incluir aquellos productos alternativos a los que los clientes desplazarían su demanda.

Por otro lado, cuando el incremento es rentable, implica que los otros productos no representan una restricción competitiva importante y el mercado relevante queda definido como el producto candidato.

La definición del mercado relevante de producto requiere tomar como punto de partida los productos involucrados en la concentración o conducta bajo análisis y luego evaluar la sustitución en la demanda con productos alternativos.

²⁸ Acrónimo en inglés de la expresión “small but significant non-transitory increase in price”.

²⁹ Usualmente en el rango de 5% a 10%.

De forma similar al análisis del SSNIP test para determinar la dimensión producto del mercado relevante, la dimensión geográfica incluirá el territorio en el cual el monopolista hipotético podría imponer de manera rentable un pequeño aumento, pero significativo y no transitorio del precio, suponiendo que las condiciones de venta de otros lugares se mantienen invariantes. Como ejemplo, el SSNIP test podría implementarse considerando los costos de traslados en que deben incurrir los consumidores o los proveedores.

2.2.4.1 Consideraciones prácticas

Una consecuencia importante del criterio conceptual descrito es que otorga consistencia y previsibilidad a la delimitación del mercado relevante a la vez que reduce la discrecionalidad. De esta manera, se evitan consideraciones subjetivas relacionadas con la intercambiabilidad, la equivalencia funcional o las características físicas de los productos candidatos a formar parte del mercado.

En particular, se explicitan a continuación algunas implicancias prácticas que resulta útil tener en cuenta al definir mercados relevantes:

- No es necesario que los productos sean idénticos o que la sustitución sea perfecta para que formen parte del mismo mercado relevante, por lo que, considerar sólo las características físicas y de uso y su equivalencia funcional puede implicar una definición muy estrecha del mercado relevante. No se requiere que los precios de todos los productos del mercado relevante sean iguales, ya que puede haber productos de distintos precios y calidades que ejerzan restricciones competitivas entre sí.
- No se requiere que todos o la mayor parte de los consumidores desplacen su demanda hacia un determinado producto sustituto para incluirlo en el mercado relevante ante un incremento del precio, sino que el desplazamiento sea de magnitud suficiente para hacer no rentable dicho incremento. Esto es, la pregunta clave no es si los productos son sustitutos para todos los compradores sino si hay un número suficiente de compradores en el margen de forma tal que un posible precio supra-competitivo no se mantenga en el tiempo.
- Los registros de las empresas pueden ser de utilidad para identificar a quienes éstas consideran sus competidores y, por ende, quienes ofrecen productos que podrían ser sustitutos. Algunos documentos de las empresas que podrían ser una fuente para identificar sustitutos son los análisis de competidores, informes sobre pérdidas y ganancias, estudios de mercado, entre otros. Asimismo, encuestas realizadas tanto a los clientes de la empresa como a los clientes de otras empresas que ofrecen el mismo producto.³⁰

³⁰ Al respecto, OECD señala lo siguiente: “Furthermore, the Commission is relying on internal documents of the respective undertakings containing internal or external marketing studies, studies about barriers to entry or costs associated with switching demand to potential substitutes,

2.2.4.2 Limitaciones en la aplicación de la prueba del monopolista hipotético

El precio es el parámetro clave en el razonamiento que se aplica para el test. Sin embargo, en algunas situaciones podría no serlo. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de los productos provistos por plataformas digitales que tienen un precio monetario cero. En estos casos los usuarios entregan sus propios datos o su tiempo de atención, a cambio del producto de precio cero. En otros casos, la variable calidad es importante en la dinámica competitiva y funciona como parámetro de referencia.

La forma correcta de realizar el análisis de sustitución y aplicar el criterio del monopolista hipotético es tomando como punto de partida los precios competitivos. Una limitación del SSNIP test cuando se utilizan los precios de mercado prevalecientes, y éstos son mayores que los competitivos, es que se definiría un mercado demasiado amplio. En tales circunstancias, es probable que el consumidor considere sustitutos del producto en cuestión a otros productos que, a los precios competitivos no lo serían.

La definición del mercado relevante de producto no debería incluir a aquellos productos que se perciben como sustitutos del producto en cuestión sólo porque éste se ofrece a un precio supra-competitivo. Esta limitación, es particularmente relevante para las investigaciones sobre prácticas monopolísticas relativas: Nótese que podría darse el caso de que, justamente como consecuencia de la práctica investigada el mercado fuera considerado erróneamente más amplio, lo cual conduciría a subestimar la concentración y, eventualmente, a concluir que una empresa con poder de mercado sustancial no lo posee.³¹

2.2.5 Definición del mercado relevante en situaciones específicas

A continuación, se detallan elementos a considerar para la definición del mercado relevante en situaciones específicas.

Variedad de canales de venta: cuando los oferentes pueden cobrar diferentes precios a distintos grupos de consumidores o clientes o por distintos canales de venta, puede ser necesario definir mercados relevantes distintos según los diferentes grupos o canales, particularmente cuando existen empresas que atienden sólo uno de los canales.

Dimensión temporal: cuando exista evidencia de demandas fluctuantes en distintos periodos, el mercado relevante, o los participantes en el mismo, pueden

as evidence for defining the relevant market. Also inspections on the premises of the parties, their customers and/or their competitors might be carried out by the Commission to gather the respective information". OECD (2012) Policy Roundtables. Market Definition. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

³¹ Esta limitación es conocida en la literatura y la jurisprudencia especializada como “la falacia del celofán” en el caso DuPont en el cual se definió el mercado relevante de papel para envoltorio en el cual la participación de la firma investigada era significativamente menor que si sólo se consideraba el papel celofán. United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

cambiar en forma concomitante. El horizonte temporal para analizar el mercado relevante también puede ser decisivo si se trata de bienes durables o de rápida obsolescencia.

Mercados de dos o más lados: Existen mercados que conectan distintos grupos de consumidores, como en el caso de plataformas digitales. Según el tipo de plataforma de que se trate, es posible que la misma sea considerada como un único mercado, 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.

Mercados secundarios o *after-markets*: Los productos secundarios son aquellos que únicamente son adquiridos después de haber sido obtenido otro producto relacionado, denominado primario (por ejemplo los repuestos o los bienes consumibles como los cartuchos de impresoras o las cápsulas de café). Dependiendo de la compatibilidad entre productos secundarios y productos primarios, se podrá definir a ambos productos como parte de un mismo mercado (*system market*), como dos mercados separados, o bien, como varios mercados, agrupando los productos secundarios en distintos mercados según la compatibilidad con el producto primario.

Auto-oferta/auto-aprovisionamiento. Sólo se incluirá en el mercado relevante la producción para uso propio de las empresas si es rentable poner a disposición de terceros dicha producción ante un aumento de precios (SSNIP).

2.2.6 Métodos cuantitativos para determinar si un producto forma parte o no del mismo mercado relevante

Existe una serie de métodos cuantitativos que pueden ser utilizados para aplicar de manera empírica el test del monopolista hipotético o de manera complementaria. Debe tenerse en cuenta que la utilización de estos métodos conlleva limitaciones y su uso no es generalmente necesario a la hora de definir los mercados.

- i. **Análisis de pérdidas críticas.** El test del monopolista hipotético es un criterio que sirve de marco conceptual para identificar los sustitutos suficientemente cercanos que, en algunas ocasiones, admite un análisis cuantitativo. Una aplicación de este tipo es lo que se conoce como análisis de pérdidas críticas que lleva a estimar las pérdidas de ventas máximas (pérdidas críticas) que pueden resultar de un aumento pequeño, significativo y no transitorio, del precio de los productos que se encuentran en el mercado candidato, para que ese aumento del precio siga siendo rentable para el monopolista hipotético. Si la estimación de la pérdida real probable de volumen de ventas que se produciría tras el aumento del precio fuera menor que la pérdida crítica, significaría que el aumento del precio sería rentable, y entonces los productos del mercado candidato constituyen un mercado relevante de producto. Si, en cambio, se estimara que la

pérdida probable de volumen de ventas fuera mayor que la pérdida crítica, entonces debe ampliarse el mercado relevante de producto.

- ii. **Comparación de precios a través del tiempo.** La relación de los precios de diferentes productos podría proporcionar información sobre si estos están en el mismo mercado relevante. La **prueba de correlación de precios** evalúa si dos productos son sustitutos dependiendo del grado en que sus precios se mueven de forma conjunta a lo largo del tiempo. Cuando existe una correlación positiva de los precios, es más probable que los productos se encuentran en el mismo mercado. Sin embargo, muchos factores pueden llevar a modificaciones conjuntas de precios, por lo cual este tipo de análisis tiene limitaciones y debe ser utilizado de manera complementaria, no como elemento decisivo para definir mercados relevantes. Así, el análisis de correlación de precios tiene la ventaja de ser sencillo cuando se dispone de series temporales de precios de los productos candidatos a formar parte del mercado relevante, y permite una visualización gráfica de interpretación directa. Este análisis de correlación simple suele ser más útil para descartar productos sustitutos cuando la correlación es baja, que para incluir productos al mercado relevante cuando la correlación es elevada.³²
- iii. **Los métodos econométricos.** Estos enfoques pueden adoptar alguna de las siguientes formas:

- **Estimaciones de elasticidad**

Elasticidad precio de la demanda. Mide la reducción en el porcentaje de la cantidad demandada de un producto ante un incremento de un 1% en el precio de éste. Si la elasticidad es mayor a 1, implicará que la demanda es muy elástica y la reducción en la demanda será mayor al incremento en el precio. Por lo tanto, existe sustitución con otros productos. Si la elasticidad es menor a 1, implica que la demanda es poco elástica, por lo que la reducción en la demanda será menor que el incremento en el precio.

La elasticidad cruzada de la demanda. Mide el incremento en la cantidad demandada de un producto A ante el aumento de un 1% en el precio de un producto B. Si la elasticidad es positiva, la demanda del producto A se incrementará ante el incremento en el precio del producto B, indicando que estos productos son sustitutos.

Elasticidad crítica. Este método aplica un criterio similar al de la pérdida crítica. La elasticidad crítica es el valor máximo de la elasticidad precio de la demanda para que un aumento de precios sea

³² Como ejemplo de este enfoque, en el caso de la fusión Nestlé-Perrier (*Caso No IV/M.190 - Nestlé/Perrier*), la Comisión Europea realizó un análisis de correlación de precios y determinó que los refrescos no eran parte del mismo mercado que el del agua embotellada, puesto que, mientras el precios de distintas marcas de agua embotelladas guardaban una importante relación positiva, los precios de las marcas de agua guardaban poca relación o una relación negativa con respecto a los precios de las marcas de refrescos.

rentable. Si la estimación de la elasticidad precio de la demanda de mercado fuera menor que la elasticidad crítica, significaría que el aumento del precio sería rentable, y entonces los productos del mercado candidato constituyen un mercado relevante de producto. Si, en cambio, se estimara que la elasticidad de la demanda de mercado fuera mayor que la elasticidad crítica, entonces debe ampliarse el mercado relevante de producto

- **Tests de estacionariedad y de cointegración.** Permiten sistematizar el análisis de precios relativos de diferentes productos, o de los mismos productos en distintas áreas geográficas.³³

2.2.7 Identificación de las empresas que participan en los mercados relevantes

El mercado relevante (de producto y geográfico) incluirá todas aquellas empresas que ofrezcan productos en el mercado relevante al momento del análisis.

Podrán adicionalmente incluirse otras empresas que no se encuentren ofreciendo el producto en cuestión al momento correspondiente, siempre que estén en condiciones de ingresar al mercado relevante con relativa facilidad ante un incremento de precios. Estas empresas serán denominadas competidores potenciales inmediatos y definen el grado de sustitución por el lado de la oferta.

No se considerará competidores potenciales inmediatos a aquellos oferentes que enfrenten dificultades significativas para distribuir el producto en el mercado relevante, o que deban incorporar nuevas instalaciones de producción o distribución para competir en el mismo.

³³ El test de estacionariedad (o de raíz unitaria) se utiliza para investigar si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante porque, en tal caso, las perturbaciones que aumentan el precio de un solo producto tendrán un efecto temporal. Por esa razón, la serie temporal de precios relativos (es decir, del cociente entre los precios de dos productos candidatos) es siempre estacionaria si dichos productos pertenecen al mismo mercado relevante. Usando una lógica similar, también se puede investigar si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante aplicando la prueba de cointegración. Dos series de tiempo no estacionarias están cointegradas si su combinación lineal es estacionaria. Si la prueba de cointegración demuestra que las series de movimientos de precios de dos productos están cointegradas, entonces esos productos pertenecerían a un solo mercado relevante y viceversa. El análisis de cointegración permite determinar si existe una relación de equilibrio de largo plazo entre el precio de dos productos, y si se verifica entonces ambos productos pertenecerían al mismo mercado relevante. European Commission (2021), Support study accompanying the Commission Notice on the evaluation of the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/kd0221712enn_market_definition_notice_2021_1.pdf

2.3 Medición de las cuotas de mercado y el nivel de concentración y evaluación preliminar del poder sustancial

En esta sección se describen las metodologías más usadas para la estimación de las cuotas de mercado de los agentes económicos y de los indicadores de concentración.

2.3.1 Cuotas de mercado

Una vez definidos los mercados relevantes, se procederá a identificar a todas las empresas que participan en este. Se incluirán todas aquellas empresas que produzcan o vendan bienes de producción nacional o extranjera en el mercado relevante al momento de la concentración.

En ciertas circunstancias puede ser procedente incorporar más participantes al mercado relevante al considerar la sustitución por el lado de la oferta e incluir a los competidores potenciales inmediatos: aquellas 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 ante un incremento de precios.

Para estimar las cuotas de mercado debe contarse con una estimación del tamaño del mercado relevante (en volumen o valor) basada en fuentes confiables y la información de las ventas de las empresas que se concentran.

Las participaciones de mercado se estimarán sobre la base de las ventas (en volumen y/o en valor), de la producción –donde deberá considerarse si existe producción para uso propio y disponible para terceros- o de la capacidad productiva que se destina o se podría destinar al mercado relevante. En algunos sectores económicos o mercados existen unidades de medida específicas de las cuotas de mercado, las cuales serán preferidas cuando mejor reflejen la posición relativa de los competidores.

Las ventas en valor será la magnitud más apropiada cuando los productos que compiten en el mercado relevante son o se perciben poco homogéneos y el mercado puede describirse como de productos diferenciados. En cambio, las ventas en volumen o unidades será la magnitud más apropiada cuando los productos son o se perciben muy homogéneos. La capacidad instalada es una magnitud importante para considerar cuando existe capacidad ociosa en el mercado. Adicionalmente, la estimación de las cuotas de mercado según la capacidad instalada es la utilizada cuando se incluyen a los competidores potenciales inmediatos dado que estos no tienen ventas en el mercado.

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. Generalmente, se utilizarán datos correspondientes a los años anteriores a la concentración, aunque ello variará según lo indique la naturaleza del mercado analizado.

En algunos casos puede ser suficiente estimar las cuotas de mercado con base en una de las medidas mencionadas y para un periodo reducido de tiempo. En otros casos, en cambio, será conveniente analizar si difieren significativamente las cuotas de mercado de las empresas que se concentran en función de la unidad de medida, según la metodología adoptada y trabajar con series históricas extensas.

2.3.2 Indicadores de Concentración

Los indicadores de concentración informan el nivel de la concentración que presenta el mercado antes de la concentración y las variaciones que resultan de la operación notificada. Un indicador ampliamente utilizado es la tasa de concentración, C_N , que mide la participación de mercado de las N empresas más grandes del mercado³⁴.

El indicador más utilizado es el índice IHH (Índice Herfindahl-Hirschman). El índice IHH es la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas participantes. Los valores del IHH varían entre 0 (mercado completamente atomizado) y 10.000 (mercado monopólico), o entre 0 y 1 (en función de cómo estén expresadas las cuotas).

En el caso de las concentraciones horizontales se debe calcular el IHH previo a la operación y el IHH después de la operación a efectos de evaluar en qué medida la estructura del mercado relevante se torna más concentrada como resultado de la operación. Cuanto más simétricas sean las participaciones de los agentes que se concentran, mayor será el aumento de la concentración medido por el IHH como efecto de la operación (en las concentraciones no horizontales no procede calcular un IHH posterior a la operación, porque la operación no tiene capacidad de alterar el valor del IHH, debido a que las empresas que se concentran no operan en un mismo mercado relevante).

Por lo general, se considerará que en las concentraciones horizontales con (i) IHH post operación < 2000, o (ii) 2000 < IHH post operación < 2500 y variación de IHH < 150, existe una baja probabilidad de que la operación implique riesgos para la competencia.

No obstante, estos indicadores no constituyen una condición suficiente para descartar riesgos sobre la competencia, en particular cuando se dan las circunstancias que se indican a continuación:³⁵

- 1) Uno de los agentes que se concentran es un competidor efectivo o potencial muy vigoroso (por ejemplo, muestra un crecimiento alto y sostenido significativamente mayor al crecimiento del mercado, durante al menos tres

³⁴ $C_N = \sum_{n=1}^N 100 * S_n$; donde $S_1, S_2, \dots, S_N$ son las participaciones de mercado de las N empresas más grandes de mercado.

³⁵ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, FNE (2022), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531_Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf

años consecutivos, por lo cual su cuota de mercado estaría creciendo aceleradamente).

- 2) Uno o más de los agentes que se concentran son innovadores importantes o competidores que ejercen presión competitiva importante (agentes *maverick*) aunque tengan una cuota de mercado baja.
- 3) Los agentes que se concentran presentan participaciones accionarias cruzadas o vínculos contractuales con terceros competidores que puedan reducir su independencia.
- 4) Si existe algún indicio de riesgos a la competencia como resultado de la operación notificada.

2.3.3 Evaluación preliminar de poder sustancial de mercado

En muchas operaciones, como en los casos de presunción favorable, o cuando existan elementos que permitan descartar que la concentración económica genere riesgos para la competencia (por ejemplo, las cuotas de mercado y los indicadores de concentración) no será necesario que la COPROCOM se pronuncie sobre la existencia de poder de mercado sustancial. Sin embargo, en ciertas operaciones complejas o con mayor riesgo de reducción sustancial de la competencia, corresponderá evaluar si la concentración crea poder de mercado sustancial de la empresa resultante o si refuerza el poder de mercado sustancial de una de las partes.

El poder de mercado es un concepto económico que se refiere a la capacidad de una empresa para mantener los precios por arriba de algún nivel de competencia –o un precio de referencia– de una manera rentable. El Poder "Sustancial" de Mercado (PSM) es un concepto jurídico y refiere a la habilidad de una empresa para actuar en el mercado de manera independiente de sus competidores. Es decir, una empresa cuenta con poder sustancial de mercado cuando no enfrenta presiones competitivas significativas por parte de competidores, sus proveedores o clientes.³⁶

Los elementos a considerar para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial en el mercado relevante están establecidos en el artículo 15 de la Ley N°7472.³⁷ Para el análisis de la participación en el mercado (inciso a), véanse las secciones 2.3.1 y 2.3.2. El análisis de las barreras a la entrada (inciso b) se desarrolla en la sección 2.8. Los demás elementos previstos en el artículo 15 (segunda parte del inciso a, incisos c, d y e) corresponden a la conclusión sobre la

³⁶ El concepto de poder sustancial de mercado resulta equivalente al que en otras jurisdicciones se denomina posición dominante en el mercado (tal es el caso de la Unión Europea, y algunos países de América Latina como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú, entre otros).

³⁷ a) Su participación en ese mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder, b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores, c) La existencia y el poder de sus competidores, d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos, e) Su comportamiento reciente.

existencia de poder sustancial y requieren un análisis integral de los factores y criterios indicados en las secciones 2.4 a 2.8.³⁸

A los efectos de desarrollar este análisis, un indicador que podría ser utilizado complementariamente a los indicadores de concentración señalados en la sección anterior, es el umbral de dominancia. Este indicador sirve para determinar si la operación implica potencialmente la creación o refuerzo de una posición dominante, es decir, de poder de mercado sustancial. De acuerdo con este criterio una empresa es candidata para tener poder de mercado sustancial si su cuota es la mayor en el mercado y además supera el valor del umbral de dominancia. Por ejemplo, una operación que no implique que la nueva empresa concentrada sea la de mayor tamaño, y que la nueva cuota de mercado no supere el umbral de dominancia, no sería de acuerdo con este criterio una operación candidata a crear una posición con poder de mercado sustancial.³⁹ Este indicador no constituye una referencia suficiente para concluir sobre la existencia, creación o refuerzo de poder sustancial, para lo cual se deberán analizar todos los elementos indicados en el artículo 15 de la Ley N°7472, según los criterios indicados.

2.4 Evaluación de teorías del daño de concentraciones horizontales

Se desarrolla la metodología para acreditar si concurren todos o alguno de los elementos de preocupación descritos en el art. 101 de la Ley N°9736 que conducen a la denegación de la autorización de una operación o a una autorización condicionada. Dichos elementos se conjugan de modo diverso en las denominadas “teorías del daño” según se trate de concentraciones horizontales, verticales o de conglomerado.

Para denegar la aprobación o condicionar la aprobación de una operación notificada, en los términos del artículo 101 de la ley N° 9736, la COPROCOM formulará una teoría del daño específica al caso y la acreditará con medios de prueba conducentes.

Para el caso de las concentraciones horizontales, se han descrito dos principales teorías del daño: creación o refuerzo del poder de mercado sustancial (teoría que se denomina de “efectos unilaterales”) y aumento de la posibilidad de coordinación (teoría que se denomina de “efectos coordinados”). Ambas hipótesis se encuentran explicitadas en el artículo 101. Puede suceder que ambas hipótesis de daño concurren como efecto de una misma operación.

“Serán aprobadas por el Órgano Superior de la autoridad de competencia correspondiente las concentraciones que no tengan como objeto o efecto previsible obstaculizar de forma significativa la

³⁸ El inciso c es de particular relevancia en los casos de concentraciones verticales (véase sección 2.5).

³⁹ Véase Melnik, A., Shy, O. & Stenbacka, R. (2008), Assessing Market Dominance, Journal of Economic Behavior and Organization, 68, 63-72.

competencia en el mercado relevante afectado por la transacción, o en otros mercados similares o sustancialmente relacionados... La valoración de la autoridad de competencia correspondiente considerará la creación o el refuerzo del poder sustancial, si se posibilita la coordinación entre agentes económicos y si se generan resultados adversos para los consumidores...” Ley N°9736 (art. 101).

Nótese que ambas hipótesis pueden desarrollarse por analogía en los casos en que la concentración horizontal afecta el lado de la demanda de un mercado, creando o fortaleciendo el *poder de compra* de un agente económico. Las consideraciones que siguen podrán adecuarse al caso de la concentración horizontal de los mercados desde el lado de la demanda.

2.4.1 Efectos unilaterales

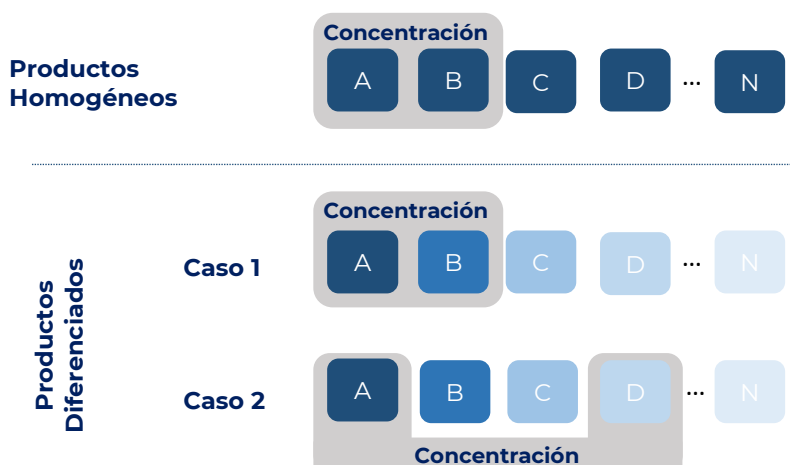
La creación o el refuerzo del poder sustancial de mercado (o de la posición dominante) también se denominan “efectos unilaterales” de la operación.

La forma más evidente en que se podría crear o reforzar el poder sustancial (o la posición dominante) es debido a la eliminación de la competencia entre las partes que se concentran. La entidad resultante de la operación podrá ejercer poder de mercado por sí misma, en forma unilateral. Con la operación, la nueva entidad obtiene capacidad e incentivos para unilateralmente incrementar los precios o disminuir los volúmenes de producción del mercado en su conjunto o reducir los niveles de innovación, calidad o variedad de los bienes ofrecidos.

El análisis de los efectos unilaterales dependerá de las características de los agentes económicos, productos y mercados involucrados. En específico, podrán identificarse teorías del daño específicas según se trate de mercados de: productos homogéneos, de productos diferenciados, de subastas o licitaciones o de productos de innovación.

Productos homogéneos versus productos diferenciados

Diagrama 6. Concentraciones de productos homogéneos y diferenciados



En el caso de una concentración horizontal con productos homogéneos, el nivel de concentración y la participación de mercado de las empresas que se concentran serán el foco del análisis (panel superior del Diagrama 6). En este caso, los mayores efectos unilaterales se presentan cuando las empresas que se concentran tienen participaciones altas y similares y previo a la operación compiten fuertemente en precios. En consecuencia, la oferta se concentraría significativamente y la empresa resultante de la operación podría obtener la capacidad y los incentivos para producir un aumento en los precios del mercado cuando se reducen las presiones competitivas de los rivales (por ejemplo cuando no existan competidores actuales o potenciales con capacidad ociosa).

En las concentraciones de productos diferenciados será importante evaluar también las características de los productos involucrados en la operación. Los efectos unilaterales se presentan cuando los productos cuya oferta se concentrará son sustitutos cercanos desde el punto de vista del cliente, usuario o consumidor. Aumentar el precio de uno de esos productos puede ser rentable, porque las ventas perdidas no serán capturadas por una empresa competidora, sino por otro producto de la empresa resultante de la operación. Este efecto es captado por el cociente de desvío de ventas (*diversion ratio*) de una empresa hacia la otra.

Por lo tanto, en las concentraciones de productos diferenciados, el riesgo para la competencia será mayor cuando los productos son sustitutos cercanos y, por lo tanto, el desvío de ventas entre ellos (*diversion ratio*) es mayor (caso 1 en el Diagrama 6) que cuando los productos no son sustitutos cercanos y el desvío de ventas entre ellos es menor (caso 2 en el Diagrama 6).

En estos casos, el Índice de Presión Alcista de Precios (IPAP) puede ser utilizado para evaluar los efectos de la concentración.⁴⁰ La lógica del índice es aproximar el incentivo que tienen las empresas para incrementar sus precios de venta después de la operación de concentración, que depende del cociente de desvío de ventas (*diversion ratio*) de una empresa hacia la otra.⁴¹

Negociaciones o subastas

En los mercados de negociaciones o subastas, el comprador usualmente determina una serie de reglas para el proceso de compra dirigidas a maximizar la competencia en precio y/o prestaciones entre los potenciales proveedores. Los efectos unilaterales pueden presentarse debido a que la concentración reduce el

⁴⁰ Farrell, J. & Shapiro, C. (2010), Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, B.E. Journal of Theoretical Economics, 10, 1, 9.

⁴¹ Para más detalles sobre el cálculo y uso del índice véase CNDC (2017), Herramientas cuantitativas para el análisis de concentraciones económicas, Serie Documentos de Trabajo Número 1, mayo 2017.

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/herramientas_cuantitativas_para_el_analisis_de_concentrac_2.pdf

número de posibles proveedores independientes y la intensidad de la competencia.

Productos de innovación

En los mercados donde la innovación es un elemento esencial de competencia, se pueden generar efectos unilaterales si la operación de concentración elimina a las empresas más innovadoras, reduciendo la competencia por innovación. Esto se conoce como teoría del daño a la innovación que estableció formalmente la Comisión Europea en la operación Dow-Dupont⁴². Se argumenta que en ciertos mercados las empresas innovan para competir, por lo que la innovación es una variable para analizar en la evaluación competitiva de la concentración. En estos casos, la operación implica que al dejar de competir las dos empresas que se concentran, se reduce el nivel de innovación. Es importante tener en cuenta lo restrictivo de este análisis, que no puede ser trasladado a todo tipo de operación, ni siquiera a cualquier caso que involucre innovación. Al respecto, existen algunos factores que requieren consideración:

- La importancia de las actividades de innovación en las empresas que se concentran.
- La cercanía de las actividades de innovación de las empresas que se concentran.
- El historial del proceso competitivo del mercado.
- El número y naturaleza de los innovadores que quedan en el mercado luego de la concentración.
- Las barreras para entrar en la competencia innovadora.
- La apropiabilidad de la innovación. Si la apropiabilidad es alta es más probable que el impacto de la operación en la innovación sea negativo.
- Si el mercado se caracteriza por innovación disruptiva o incremental.

2.4.2 Efectos coordinados

Una concentración horizontal podría reducir los niveles de competencia en uno o más mercados, si su perfeccionamiento permite, facilita o hace más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad resultante de la operación con uno o más de los competidores remanentes. La coordinación puede ser un acuerdo o práctica concertada objetable como cartel o consistir en una conducta paralela que no requiera un entendimiento previo entre las empresas, no punible.

El análisis de los efectos coordinados implica verificar si la operación genera, refuerza o incrementa i) la capacidad de las empresas de alcanzar los términos de la coordinación o ii) la sostenibilidad (interna o externa) de la coordinación.

⁴² European Commission (2017), M.7932.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_772

En ambientes competitivos pero estables, que involucren productos con escasa diferenciación y pocas variables a coordinar, puede resultar más fácil para las empresas alcanzar los términos de una coordinación y sostenerla en el tiempo. Por el contrario, alcanzar dichos términos presentará un mayor desafío en ambientes más complejos, por ejemplo, con productos diferenciados.

Adicionalmente, para que la coordinación sea sostenible en el tiempo, debe ser posible el monitoreo del comportamiento de las empresas que se coordinan para detectar - y castigar - eventuales desvíos del acuerdo. La transparencia en el mercado favorece el monitoreo.

Por ello, algunos de los factores que se analizarán son los siguientes.

1. Si el número de competidores fuertes e independientes remanente queda muy bajo.
2. Si los competidores independientes remanentes son similares y simétricos.
3. El grado de diferenciación del producto.
4. El número y variedad de los productos que se ofrecen y las principales variables de competencia.
5. La estabilidad de la demanda.
6. La frecuencia y oportunidad de intercambio de información (por ejemplo, a través de asociaciones gremiales, plataformas digitales, bases de datos públicas, etc.).
7. Presencia de vínculos societarios o contractuales entre los competidores remanentes o con proveedores o clientes claves.
8. Si la operación puede crear, reforzar o incrementar la transparencia en el mercado.
9. Si la operación elimina a un competidor *maverick*.

Nuevas tecnologías computacionales y digitales (algoritmos) son herramientas que podrían facilitar la coordinación.⁴³

2.5 Evaluación de teorías del daño de concentraciones verticales

Las operaciones de concentración verticales se realizan entre agentes económicos que están presentes en distintos niveles de la cadena de valor de un bien o servicio. Por ejemplo, una operación de concentración vertical ocurre cuando los agentes involucrados tienen, han tenido o podrían tener una relación de proveedor-cliente. Es decir que, de manera previa a la transacción, los agentes se situaban en etapas diferentes y sucesivas de la cadena de valor. En este caso se definen dos mercados relevantes verticalmente articulados: uno aguas arriba (*upstream market*) y otro aguas abajo (*downstream market*). También puede

⁴³ OECD (2023), Algorithmic Competition, OECD Competition Policy Roundtable Background Paper.

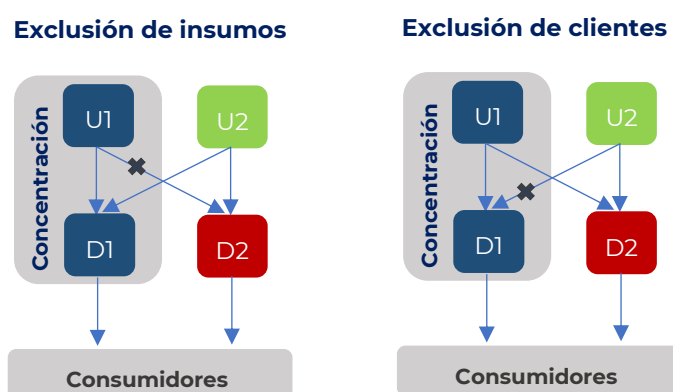
definirse un mercado en la etapa de fabricación y otro en la etapa de distribución (mayorista o minorista).

Las concentraciones verticales, a diferencia de las horizontales, no implican la eliminación de un competidor independiente, es decir, una reducción directa a la competencia. No obstante, pueden obstaculizar la competencia si otorgan a las empresas que se concentran la capacidad unilateral e incentivos de excluir competidores, incrementar el costo de los rivales (por ejemplo, aumentando el precio de un insumo o reduciendo su calidad), acceder a información comercialmente sensible de sus competidores, o si se reducen los incentivos a ofrecer nuevos productos.

En general, a diferencia de las concentraciones horizontales, los efectos de las concentraciones verticales afectan en menor grado la competencia y a menudo implican mejoras en la eficiencia en alguno de los mercados relevantes o en la cadena de valor en su conjunto. Las concentraciones verticales pueden incluso considerarse pro-competitivas cuando las participaciones de mercado de las empresas que se concentran son bajas. En esos casos, las concentraciones verticales gozan de la presunción favorable del art. 140, inciso b) del Reglamento a la ley N° 9736 (véase sección de presunciones favorables).

Los **efectos unilaterales** de una operación vertical pueden originarse cuando las empresas que se concentran tienen la capacidad y los incentivos para implementar restricciones en contra de sus competidores a través de conductas de cierre de mercado: (i) exclusión de insumos (*"input foreclosure"*) en el mercado aguas arriba o de producción y/o (ii) exclusión de clientes (*"customer foreclosure"*) en el mercado aguas abajo o de distribución. Tales son las dos principales teorías del daño que pueden evaluarse en el caso de las concentraciones verticales y pueden resultar en una reducción sustancial de la competencia cuando aumentan el costo de los rivales y/o cuando incrementan las barreras a la entrada, en particular si se torna necesario para un potencial competidor realizar ingresos simultáneamente en los dos mercados relacionados (aguas arriba y aguas abajo), reduciendo la presión competitiva que enfrentan las firmas que se concentran. El Diagrama 7 ilustra ambas teorías del daño.

Diagrama 7. Teorías del daño de concentraciones verticales: exclusión de insumos y de clientes



Exclusión de insumos. Cuando la concentración involucra a un agente económico en el mercado aguas arriba (U1 en el panel izquierdo del Diagrama 7) que provee de insumos a la firma que forma parte de la operación (D1) y a sus rivales en el mercado aguas abajo (D2); el agente económico concentrado puede restringir el acceso al insumo a los competidores que operan en el mercado aguas abajo. La afectación de la competencia se produciría mediante el incremento de los costos de las empresas rivales aguas abajo (aumentando el precio o disminuyendo la calidad del insumo o negando la provisión del insumo) o del surgimiento de barreras de entrada que implicaran una desventaja de costos para los entrantes o la necesidad de entrar en ambos mercados en forma simultánea para proveerse del insumo y competir en igualdad de condiciones aguas abajo.

La exclusión se puede realizar a partir de mecanismos tales como: negativas de venta, discriminación de precios, reducción de la calidad o de las prestaciones, entre otros.

La capacidad de las firmas involucradas en la concentración para realizar estas prácticas requiere de suficiente poder de mercado (de U1 en el panel izquierdo del Diagrama 7) y de la posibilidad de afectar la disponibilidad de insumos de los rivales en una magnitud suficiente como para reducir su presión competitiva, con la potencialidad de incrementar los precios aguas abajo (o afectar la calidad o la innovación).⁴⁴

Asimismo, para que las firmas que se integran tengan incentivos para realizar tales prácticas se requiere que resulten rentables: Los beneficios que podrían obtener debido a la conducta, por ejemplo producto de los aumentos de precios, deben superar los costos por dejar de vender a los rivales en el mercado aguas arriba.

Entre los elementos a considerar (usualmente en Fase 2) se encuentran los siguientes:

1. El grado de dificultad de sustituir proveedores para los clientes-competidores en el mercado aguas abajo.
2. La importancia del insumo en cuestión.
3. La existencia de contratos que protegen los términos de la provisión del insumo y sus condiciones de renegociación y terminación.

Exclusión de clientes. Cuando la concentración involucra un agente económico en el mercado aguas abajo (D1 en el panel derecho del Diagrama 7) que compra insumos o distribuye productos de la empresa que forma parte de la operación (U1) y de empresas rivales en el mercado aguas arriba (U2), la entidad concentrada

⁴⁴ Por ejemplo, si la empresa fuera monopólica en el mercado aguas arriba, o si los competidores (U2 en el panel izquierdo del Diagrama 7) fueran menos eficientes o no tuvieran escala suficiente.

podría incrementar el costo de los rivales para acceder a los clientes aguas abajo, restringir o excluir a dichos rivales del acceso a los clientes, afectando la competencia aguas arriba, por ejemplo en la etapa de fabricación. La exclusión de clientes podría también generar barreras de entrada que implicaran una desventaja de costos para los entrantes o la necesidad de entrar en ambos mercados en forma simultánea para distribuir sus productos y competir en igualdad de condiciones aguas abajo.

La exclusión podría manifestarse, mediante negativas a comprar o a contratar, discriminación de precios o de condiciones de compra.

La capacidad de las firmas involucradas en la concentración para realizar estas prácticas requiere de suficiente poder de mercado (de D1 en el panel derecho del Diagrama 7) y de la posibilidad de afectar el acceso a clientes de los rivales en una magnitud suficiente como para reducir su presión competitiva, con la potencialidad de incrementar los precios aguas abajo (o afectar la calidad o la innovación).⁴⁵

Asimismo, para que las firmas que se integran tengan incentivos para realizar tales prácticas se requiere que resulten rentables: Los beneficios que podrían obtener debido a la conducta, por ejemplo producto de los aumentos de precios, deben superar los costos por dejar de proveerse de los rivales en el mercado aguas abajo.

En el análisis (usualmente en Fase 2) se considerarán los siguientes elementos.

1. Tamaño del cliente que se elimina del mercado y los clientes o canales alternativos hacia los cuales las empresas pueden derivar sus ventas.
2. Importancia de la escala en el mercado de aguas arriba: En caso las economías de escala sean importantes, una disminución de las ventas de los fabricantes llevaría a un incremento en sus costos de producción.
3. La existencia de contratos que protegen los términos de las ventas o la distribución de productos y sus condiciones de renegociación y terminación.

Acceso a información comercialmente sensible. Otra teoría del daño de las concentraciones verticales con efectos unilaterales que ha sido referida en la experiencia internacional⁴⁶ se produce cuando la integración permite a una firma acceder a información comercialmente sensible de un rival (aguas arriba o aguas abajo). Por ejemplo, si la firma integrada se convierte en proveedor de un rival aguas abajo, puede acceder a información crítica que permita reducir su presión competitiva aguas abajo con estrategias de precios menos agresivas. La

⁴⁵ Por ejemplo, si la empresa fuera monopólica en el mercado aguas abajo, o si los competidores (D2 en el panel derecho del Diagrama 7) fueran menos eficientes o no tuvieran escala suficiente.

⁴⁶ CE (2008), "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC1018%2803%29#ntc75-C_2008265EN.01000601-E0075.

información sobre las estrategias competitivas de los rivales también puede facilitar coordinación entre competidores.

Efectos coordinados. Las operaciones de concentración vertical pueden generar efectos coordinados si se facilitan o refuerzan los incentivos a coordinar entre competidores. Para su análisis aplican las consideraciones sobre los posibles efectos coordinados que pueden emerger en el caso de las operaciones horizontales, descritas en la sección precedente.

2.6 Evaluación de teorías del daño de concentraciones de conglomerado

Usualmente las operaciones de conglomerado no generan riesgos para la competencia. Sin embargo, en algunos casos particulares una operación de conglomerado puede generar efectos unilaterales mediante la eliminación de la competencia potencial o a través de efectos de cartera (portafolio). La teoría del daño a la competencia potencial ha cobrado relevancia más recientemente con el desarrollo de la economía digital (véase sección 2.7). Los efectos de cartera, podrían producirse debido a: i) empaquetamiento de productos⁴⁷, ii) restricción del acceso de competidores al portafolio de productos valorado por los consumidores⁴⁸, o, iii) obtención de ventajas importantes en los recursos financieros o específicos necesarios para competir en el mercado. Una operación de conglomerado también podría, en algún caso, facilitar conductas coordinadas si amplía los contactos multi-mercado.

2.7 Mercados digitales

La economía digital se caracteriza por un conjunto de particularidades que condicionan el desarrollo de la competencia. Usualmente, las plataformas tecnológicas que compiten en los mercados digitales organizan sus modelos de negocio como plataformas de múltiples lados que facilitan la interacción de diferentes tipos de clientes (lados de la plataforma). Asimismo, diversos efectos de red caracterizan el funcionamiento de estos mercados:

⁴⁷ En determinados casos y circunstancias, las ventas atadas o el empaquetamiento de productos pueden conducir a una reducción de la capacidad o del incentivo para competir de los rivales y, por ende a reducir la presión competitiva sobre la entidad fusionada, permitiéndole aumentar los precios. Ello sólo podría suceder cuando implicara una reducción suficientemente significativa de las perspectivas de ventas que enfrentan los rivales que ofrezcan sólo un producto. Las ventas atadas se refieren al condicionamiento de una venta o prestación de servicios a la adquisición de otro bien o servicio (fracción b del artículo 36, Ley N°7472). El empaquetamiento se refiere a la venta de productos en forma conjunta, cuando la suma de los precios independientes es mayor que el precio del paquete (empaquetamiento mixto). En algunos casos (empaquetamiento puro), los productos sólo se venden juntos en proporciones fijas. Véase CE (2008), op.cit.

⁴⁸ Por ejemplo, si se crean barreras de entrada a nuevos competidores en los casos en que las empresas necesiten tener presencia en múltiples mercados para lograr ser competitivas.

- i. Los efectos directos de red ocurren cuando la utilidad de un tipo de cliente de la plataforma aumenta cuando aumenta el número de clientes de su mismo tipo.
- ii. Los efectos de red indirectos ocurren cuando la utilidad de un tipo de cliente, en un lado de la plataforma, aumenta cuando se incrementa el número de clientes de otro tipo, en otro lado de la plataforma.
- iii. Los efectos de retroalimentación⁴⁹ son efectos multiplicadores que se presentan cuando, por ejemplo, un mayor número de usuarios permite a la plataforma recolectar una mayor cantidad de datos que posibilitan mejorar los servicios de la plataforma y atraer más usuarios. El análisis y procesamiento de estos datos permiten focalizar publicidad, monetizar sus servicios y rentabilizar el negocio.

2.7.1 Mercados relevantes en la economía digital

Si bien los principios y criterios aplicables a la definición de mercados relevantes (sección 2.2) siguen siendo válidos, algunas cuestiones específicas deben ser tenidas en cuenta al definir mercados relevantes que involucren plataformas digitales, tales como:

- i. Las diferencias en las posibilidades de sustitución que puede haber entre lados distintos de la plataforma.
- ii. La interrelación entre los diversos lados de la plataforma ocasionada por los efectos de red indirectos.
- iii. El grado de *multihoming* y *single-homing* de los usuarios de la plataforma.⁵⁰
- iv. Las estrategias de precios que pudieran adoptar las plataformas; que podrían derivar en mercados con "precios cero" o incluso "precios negativos" con el propósito de atraer a un tipo de cliente a la plataforma.
- v. La recolección masiva de datos y su uso.

2.7.2 Teorías de daño en la economía digital

La economía digital está implicando el surgimiento de nuevas teorías de daño o un mayor uso de teorías convencionales, pero de poca aplicación hasta el momento. A continuación se reseñan las principales teorías de daño que se han estado desarrollando con la economía digital.

Teoría de la eliminación de la competencia naciente y de “killer acquisitions”.

Se argumenta que una empresa grande del mercado compra a una empresa con muy baja cuota de mercado porque le representa una competencia potencial futura con alta probabilidad. Esto afecta la innovación si la compradora mata la

⁴⁹ *Feedback loops*.

⁵⁰ Es decir, la posibilidad de que los usuarios puedan utilizar más de una o solo una plataforma en simultáneo.

innovación de la empresa comprada. A la fecha existen pocos precedentes de aplicación de esta teoría del daño. El bloqueo de la compra de Plaid (una Fintech) por parte de Visa es uno de los primeros casos, en que el DOJ buscó evitar la eliminación de un competidor potencial. La reducción de la innovación fue uno de los argumentos presentados por el DOJ.⁵¹

Pérdida de un competidor potencial. La teoría de daño de pérdida de un competidor potencial ha adquirido mayor importancia en un contexto de economía digital. Por ejemplo, tanto en Austria como en el Reino Unido fue aplicada para condicionar y bloquear respectivamente la fusión de Meta/Giphy (AT 2022; UK 2022). Se argumentó que la compra eliminaría la competencia potencial por clientes de publicidad entre Meta y la biblioteca GIF Giphy. En la región esta teoría del daño fue contemplada en Chile por la FNE y en México por la COFECE en la concentración entre Uber y Cornershop. Allí se analizó la pérdida de Uber como competidor potencial del segmento de plataformas digitales de productos de supermercados en el que participaba Cornershop. Sin embargo, los posibles riesgos fueron descartados al considerar el dinamismo propio de estos mercados y la capacidad de expansión de otros competidores.

Acceso a datos de terceros (teoría de daño vertical). La preocupación de esta teoría de daño radica en que el adquirente tiene acceso a información comercialmente sensible sobre sus competidores como resultado de la operación. Esta teoría de daño fue argumentada por COFECE a la hora de prohibir la compra de Cornershop por parte de Walmart. Fue analizada también en Chile por la FNE y en México por la COFECE en la concentración entre Uber y Cornershop.

Ecosistemas digitales y acumulación de datos. En casos de ecosistemas digitales la evaluación del mercado relevante presenta desafíos adicionales. A la hora de evaluar mercados con presencia de ecosistemas la Comisión Europea (2022) toma en cuenta los antecedentes de mercados de sistemas (un producto primario y uno secundario) y mercados de posventa. Concretamente, en el caso Google y Alphabet/Comisión, el Tribunal General afirmó que los mercados relevantes que conforman un ecosistema digital pueden solaparse o estar interconectados sobre la base de su complementariedad.⁵² Por su parte, en el caso Google Android la Comisión concluyó que no se cumplían las condiciones para definir un mercado de sistemas que incluyera las tiendas de aplicaciones y los sistemas operativos de teléfonos móviles inteligentes⁵³. Las teorías de daño de conglomerados en operaciones que involucran ecosistemas digitales preocupan por una combinación de efectos que pueden surgir en mercados multilaterales con fuertes efectos de red y con un gran número de mercados afectados. Asimismo, la acumulación de datos, que suele estar implicada en estas

⁵¹ "If allowed to proceed, the acquisition would deprive American merchants and consumers of this innovative alternative to Visa and increase entry barriers for future innovators" (<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-visas-proposed-acquisition-plaid>).

⁵² T-604/18, EU:T:2022:541.

⁵³ AT.40099.

operaciones, con las consecuentes ventajas que se adquieren como resultado de la concentración, también despierta preocupaciones. Sin embargo, si bien esta cuestión está siendo extensamente analizada por la literatura especializada, a la fecha no cuenta con evidencia importante de uso por parte de agencias de competencia.

2.8 Disputabilidad del mercado

2.8.1 Entrada rápida, probable y significativa

Las barreras de entrada son características específicas del mercado que dificultan la entrada de nuevas empresas e implican ventajas para las que están presentes. Si las barreras de entrada son bajas, es esperable que, ante un aumento de precios de las fusionadas, se genere la entrada de nuevos competidores y la preocupación por efectos anticompetitivos como resultado de una fusión se reduce. Si las barreras son altas, las empresas que se fusionan no estarán expuestas a una presión competitiva significativa por la entrada de nuevos competidores.⁵⁴ Esto es, al proteger a las empresas establecidas, las barreras de entrada restringen la entrada rápida, probable y significativa de nuevas empresas en un mercado lo que impide que el mercado sea disputable.

Por tanto, previo a concluir sobre si una operación se enmarca en el artículo 101 párrafo 1, de la ley N°9736, es decir, que tiene “*como objeto o efecto previsible obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado relevante*”, se debe considerar con precisión la existencia, o no, de barreras a la entrada.

La investigación referente a barreras de tipo estructural o estratégico se realizará cuando la probabilidad de ocurrencia de efectos unilaterales o coordinados sea significativa.

2.8.2 Tipos de barreras de entrada

Barreras legales: normativa que impide el ingreso o expansión de competidores o genera una ventaja para las empresas establecidas en el mercado. Son ejemplo, ciertas regulaciones sectoriales, derechos de propiedad intelectual, licencias y permisos, etc.

Barreras estructurales: son condiciones propias del mercado que restringen la entrada o expansión de los competidores. Son ejemplo de este tipo de barreras, la existencia de costos hundidos, inversiones en activos específicos, costos de innovación tecnológica, economías de escala y efectos de red. Son también barreras de este tipo el acceso preferente a infraestructuras esenciales, a recursos naturales y a derechos de propiedad industrial e intelectual.

⁵⁴ Comisión Europea (2008), Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

Barreras estratégicas: acciones o características de las empresas establecidas que resultan en dificultades para el ingreso o expansión de los competidores. Deberían ser considerados, la fidelidad de los consumidores a una empresa establecida, las relaciones entre proveedores y clientes, y ventajas de reputación. También los costos de cambio de los clientes y los proveedores adquieren relevancia en este contexto.

2.9 Compensación de los efectos anticompetitivos

La probabilidad de ocurrencia tanto de los efectos unilaterales como de los coordinados de una concentración horizontal, vertical o de conglomerado puede reducirse significativamente si los clientes, usuarios o consumidores cuentan con algún grado significativo de poder de compra compensatorio.

Si para la concentración notificada se identifican riesgos de afectación a la competencia, aún puede obtener una aprobación si ocurre alguna de las situaciones taxativamente descritas en el quinto párrafo del artículo 101, que contrarrestan, mitigan, reducen o anulan la obstaculización de la competencia y los efectos adversos sobre los consumidores. A saber: (i) la generación de eficiencias (art. 101, quinto párrafo, inc. “a”); (ii) la recuperación de una empresa fallida (art. 101, quinto párrafo inc. “b”), o (iii) la sujeción de la aprobación a condicionamientos (art. 101, quinto párrafo, inc. “c”).

2.9.1 Eficiencias

En ocasiones las concentraciones permiten a las empresas que se concentran alcanzar eficiencias que pueden representar un contrapeso a los efectos anticompetitivos adversos. Por regla general, las eficiencias nunca podrían ser suficientes para mitigar los efectos de una operación que resulte en la creación de un monopolio. Existen distintos tipos de eficiencias que se describen a continuación.

Eficiencia productiva. Se presenta cuando se genera un determinado nivel de producción con el menor costo posible o, alternativamente, si cualquier combinación dada de insumos genera la máxima producción posible. La eficiencia productiva dependerá de la tecnología existente y los precios de los recursos, es decir, las eficiencias de producción incluyen ahorros que están asociados con la integración de las actividades de las dos empresas y la transferencia de tecnología. Las operaciones de concentración tienen el potencial de aumentar la eficiencia productiva de varias formas que incluyen el fomento de sinergias, economías de escala, economías de ámbito y economías de densidad.

Eficiencias dinámicas o innovativas. Se manifiestan cuando se introducen nuevos productos, se desarrollan procesos más eficientes y actividades innovadoras que pueden producir bienes más baratos, mejores, o incluso nuevos productos que brindan mayor bienestar a los consumidores. A diferencia de las eficiencias productivas, las eficiencias dinámicas tienden a realizarse en el largo plazo.

A los efectos de determinar si procede aprobar una operación con base en el artículo 101, quinto párrafo, inciso “a” (eficiencias), las notificantes deberán considerar lo siguiente.

1. La carga de la prueba respecto a la naturaleza, magnitud y probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a las partes notificantes.
2. Las eficiencias deben ser inherentes a la operación. Las eficiencias invocadas no pueden alcanzarse mediante otras vías distintas a la concentración que se propone.
3. Las eficiencias deben estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia producidos por la operación y a mejorar el bienestar de los consumidores. Por ejemplo, si la COPROCOM sostiene que la operación producirá aumentos de precios de mercado o reducción de volúmenes de producción, las eficiencias invocadas por las partes deberían describir cómo específicamente se compensarían dichos efectos y acreditarlo.
4. Las eficiencias deben ser susceptibles de ser transferidas al consumidor, por ejemplo, mediante reducción de precios o mejoras acreditables en la relación calidad/precio. En esa línea, una eficiencia que refleje una reducción de costos variables o marginales será mejor considerada que una eficiencia que refleje una reducción de costos fijos; ello, debido a que la primera tiene mayor probabilidad de ser trasladada a los consumidores.
5. Las eficiencias deberán ser verificables por la COPROCOM. Las eficiencias son difíciles de verificar y cuantificar, en parte porque gran parte de la información relacionada con las eficiencias está únicamente en posesión de los agentes económicos involucrados en la operación. Además, las eficiencias proyectadas de manera razonable y de buena fe por las empresas que se fusionan podrían no realizarse. Corresponde a las partes notificantes sustentar sus afirmaciones para que la autoridad pueda verificar por medios razonables la probabilidad, la naturaleza y la magnitud de cada eficiencia declarada. Asimismo, es importante identificar el momento y la forma en la que se lograría cada una de ellas. En este sentido, las eficiencias deben ser oportunas, probables y suficientes para mitigar a los efectos adversos descriptos por la COPROCOM.

2.9.2 Empresa fallida

Se considera “empresa fallida” a un agente económico que no cuenta con la capacidad, con sus propios recursos financieros, de continuar participando en el mercado y, por tanto, se encuentra en proceso de salida del mercado, con la consiguiente salida de la producción de sus activos productivos.

A los efectos de determinar si procede aprobar una operación con base en el artículo 101, quinto párrafo, inciso “b” (empresa fallida), las notificantes deberán considerar lo siguiente.

1. Acreditar que la empresa fallida o potencialmente fallida y sus activos productivos, saldrán indefectiblemente del mercado si no se produce la operación que se notifica.
2. Proveer información fehaciente de que la empresa es incapaz de cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro próximo o de que la reestructuración de la empresa no sería posible.^{55,56}
3. Acreditar que no existe una opción distinta de la operación tal como ha sido notificada, que sea menos perjudicial, para mantener en marcha los activos productivos de la empresa fallida, como, por ejemplo, llevar a cabo una venta a otro adquirente. En este caso, la empresa deberá proporcionar información a la Autoridad respecto a los intentos que ha realizado para llevar a cabo aquellas opciones que resulten menos lesivas a la competencia.
4. La COPROCOM comparará los dos escenarios en juego: el futuro del mercado con la salida de la empresa fallida versus el futuro del mercado con la empresa resultante de la concentración.

2.9.3 Poder de compensación en la demanda

Si bien la ley no nombra esta hipótesis de modo explícito deja a criterio del evaluador la existencia de otros posibles elementos compensatorios. Uno de los elementos compensatorios que, en general, se evalúan en todas las jurisdicciones es el poder de compensación de la demanda.

Los clientes con poder de negociación tienen la capacidad de limitar la creación o refuerzo del poder de mercado sustancial de las operaciones de concentración horizontal, porque pueden limitar la capacidad de las empresas de incrementar los precios del mercado. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando los clientes pueden autoabastecerse o respaldar la entrada o la expansión de proveedores o evitando la coordinación entre los proveedores. Se considerarán los siguientes elementos:

1. Si los productos a adquirir son insumos o productos claves para los clientes.
2. La probabilidad de que los clientes puedan prescindir de los productos de las empresas que se concentran mediante la integración vertical (autoabastecimiento) o incentivando el ingreso o expansión de competidores.
3. Si existen clientes sin poder de negociación a los cuales se les pueda cobrar un precio mayor.
4. Si el poder de negociación de la demanda puede mantenerse una vez concretada la operación.

⁵⁵ En la experiencia de la COPROCOM, uno de los requisitos que se ha requerido es el comprobante de solicitud de declaratoria de quiebra en los Tribunales de Justicia.

⁵⁶ Debe evidenciarse que la empresa no podrá reorganizarse exitosamente mediante procesos de quiebra como los establecidos en el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos de América. Véase US DOJ y FTC (2010), op.cit., sección 11, y US DOJ y FTC (2023), op.cit., sección IV.1.

2.10 Restricciones accesorias

Es usual que los contratos que materializan las operaciones de concentración económica conlleven convenios que limitan la libertad de actuación de las partes en el mercado y, consecuentemente, la competencia.

El principio general aplicable para este análisis en derecho de la competencia es el de accesoriedad de las restricciones. El concepto de restricciones accesorias (*ancillary restraints*) abarca aquellas restricciones directamente relacionadas y necesarias para la implementación de la concentración. En la medida en que las restricciones sean accesorias a la operación, quedan comprendidas en la autorización prevista en los artículos 97 y 99 de la Ley N°9736.

Las restricciones pueden generar preocupación desde el punto de vista del derecho de la competencia si no cumplen con el requisito de accesoriedad y tienen la potencialidad de generar efectos anticompetitivos y, en particular, de encubrir acuerdos anticompetitivos.

La valoración de las restricciones accesorias debe realizarse en el marco de la evaluación integral de los efectos de la operación de concentración sobre la competencia.

El criterio para determinar la necesidad de las restricciones implica que, en su ausencia, la concentración no podría efectuarse o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costos considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con más dificultad.⁵⁷

Asimismo, para establecer si una restricción es necesaria, se requiere evaluar si su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación no exceden de lo que requiere razonablemente la realización de la concentración. Esta evaluación dependerá del tipo de restricciones de que se trate y de las circunstancias y características de la operación bajo estudio.⁵⁸

Las restricciones accesorias más frecuentes son las cláusulas de no competencia, en las que el vendedor se obliga contractualmente a no competir con el comprador por un periodo de tiempo, a fin de contar con ese plazo para fidelizar

⁵⁷ Ejemplos de restricciones que pueden cumplir con el requisito de necesidad son los acuerdos destinados a proteger el valor transferido, preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad. Comisión Europea (2005), Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/03).

⁵⁸ Comisión Europea (2005), op.cit. Nótese que en la Unión Europea rige un sistema de autoevaluación donde las empresas deben evaluar por sí mismas si las restricciones en sus contratos son o no admisibles. De esta manera, la Comisión Europea no analiza las cláusulas y restricciones y ofrece un conjunto de lineamientos para la autoevaluación de las partes, excepto cuando las partes pidan a la Comisión que se exprese sobre alguna cláusula que no se encuentra alcanzada por los criterios generalmente aplicables e indicados en los lineamientos vigentes. Las empresas serían pasibles de sanciones por sus conductas si establecieran restricciones con efectos anticompetitivos que no fueran accesorias a la operación notificada.

la clientela y, en su caso, adquirir los conocimientos técnicos necesarios para desarrollar la actividad objeto de la operación.

La experiencia internacional muestra criterios aplicables para determinar la razonabilidad y, consecuentemente, la necesidad y accesoriedad de las cláusulas de no competencia:⁵⁹

- 1) Duración considerada razonable: hasta 3 años cuando hay transferencia de clientela fidelizada como fondo de comercio (*goodwill*) y *know-how*. Hasta 2 años si no hay transferencia de *know-how*,^{60,61}
- 2) No se consideran necesarias cuando la transferencia se limita a activos físicos o a derechos de propiedad exclusivos, comerciales e industriales;
- 3) Tanto el alcance geográfico como el producto relativo a las cláusulas no deben exceder a los de las actividades objeto de la operación;
- 4) No pueden ir más allá de una restricción sobre el vendedor.

Las cláusulas de no captación, para ser consideradas razonables deben referirse a personal clave necesario para proteger el valor de la operación y para operar los activos transferidos y no deben encubrir acuerdos de no competir por los empleados (*no-poach agreements*), los que podrían constituir prácticas monopolísticas absolutas.

Las restricciones accesorias también pueden abarcar acuerdos de licencia de derechos de propiedad intelectual y de conocimientos técnicos del vendedor al comprador, cuando el vendedor tiene la titularidad de los mismos y el comprador los necesita para la plena operatividad de los activos transferidos, o del comprador al vendedor, cuando los derechos se transfieren al vendedor como parte de la operación y el comprador requiere utilizarlos en actividades distintas a las transferidas. Cuando estas licencias son necesarias para la operación no requieren limitación temporal.⁶²

Otra categoría de restricciones accesorias son las obligaciones de compra y suministro al vendedor, al comprador, o a ambos, cuando son necesarias para hacer posible el traspaso de los activos en condiciones razonables, para garantizar a cualquiera de las partes la continuidad del suministro de productos que necesite para realizar sus actividades (las conservadas, en el caso del vendedor, y las adquiridas, en el del comprador). En la experiencia de la Comisión Europea, la

⁵⁹ Comisión Europea (2005), op.cit.

⁶⁰ Nótese que la Comisión Europea ha admitido excepcionalmente plazos mayores como razonables.

⁶¹ La experiencia en Costa Rica, muestra que COPROCOM ha tomado como referencia también el plazo de recuperación de la inversión como uno de los aspectos de análisis, que ha sido interpretado como el tiempo promedio en que se espera que se recupere la inversión realizada por el agente comprador para adquirir la empresa objetivo. COPROCOM ha calculado el plazo de recuperación de la inversión como la relación entre el valor presente del costo de la operación y el promedio de la utilidad bruta de los últimos cinco años de la empresa objetivo.

⁶² Comisión Europea (2005), op.cit.

duración de estas restricciones ha sido justificada por hasta cinco años, para ser considerado un tiempo necesario para sustituir la relación de dependencia por una situación de autonomía en el mercado.⁶³

Los criterios indicados precedentemente, propuestos por la Comisión Europea para la autoevaluación que llevan a cabo las empresas, sirven como referencia. La COPROCOM analizará la razonabilidad de las cláusulas en el contexto de la operación notificada.

2.11 Fases del análisis de concentraciones económicas

Conforme al art. 137 del Reglamento a la Ley N° 9736, el procedimiento del análisis de concentraciones económicas consta de dos fases.

En la primera fase se analiza la estructura de los mercados relevantes afectados, las barreras legales o regulatorias que los afectan y los posibles efectos de cláusulas de no competencia acordadas en los documentos que perfeccionan la transacción. Asimismo, esta fase incluye el análisis de la obligación de notificar de la operación de concentración.

Dentro de la primera fase y conforme al artículo 102 de la ley N° 9736 y del artículo 150 de su Reglamento, procede establecer un procedimiento específico y ágil para el tratamiento de las operaciones que encuadran en los incisos a), b), c) y d) del artículo 150, que son aquellas operaciones que no despiertan preocupaciones, en consonancia con los indicadores y teorías del daño ya explicados. En este tipo de operaciones, es evidente la ausencia de riesgos para la competencia y resulta eficiente que la carga administrativa sea reducida.

Cuando la operación requiere de un análisis más profundo de la operación para valorar los riesgos para la competencia, se pasará a la segunda fase del procedimiento. Esta fase conlleva una carga administrativa mayor, tanto para el administrado como para la Autoridad, ya que requiere el análisis de un amplio conjunto de hipótesis y escenarios y la producción de un cúmulo considerable de medidas de prueba.

La división en dos fases que postula la ley es consistente con el tipo de análisis económico que se realiza en cada etapa, que se distingue por la profundidad del análisis, los requerimientos de información y la cantidad y variedad de medios de prueba a producirse.

2.12 Procedimiento simplificado: presunción favorable de las concentraciones

En el artículo 102 sobre supuestos de presunción favorable de las concentraciones de la ley N°9736 y en el artículo 150 de su reglamento, se establecen los casos en

⁶³ Comisión Europea (2005), op.cit.

los que, salvo prueba en contrario, se presumirá que una concentración no tiene como objeto o efecto previsible la obstaculización significativa de la competencia. Allí se enuncian taxativamente los siguientes cuatro casos.

“a) Cuando ninguna de las empresas involucradas realice actividades económicas en el mismo mercado o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización.

b) Cuando la participación de las empresas involucradas en los mercados no sea susceptible de afectar significativamente la competencia. Se presumirá lo anterior cuando:

i. En las concentraciones horizontales, las partes alcancen una participación conjunta igual o menor al 15% del mercado relevante afectado por la concentración.

ii. En las concentraciones horizontales, las partes alcancen una participación conjunta superior al 15% e inferior al 30%, siempre que, producto de la concentración, la participación de mercado del agente económico resultante no aumente más de un 2%.

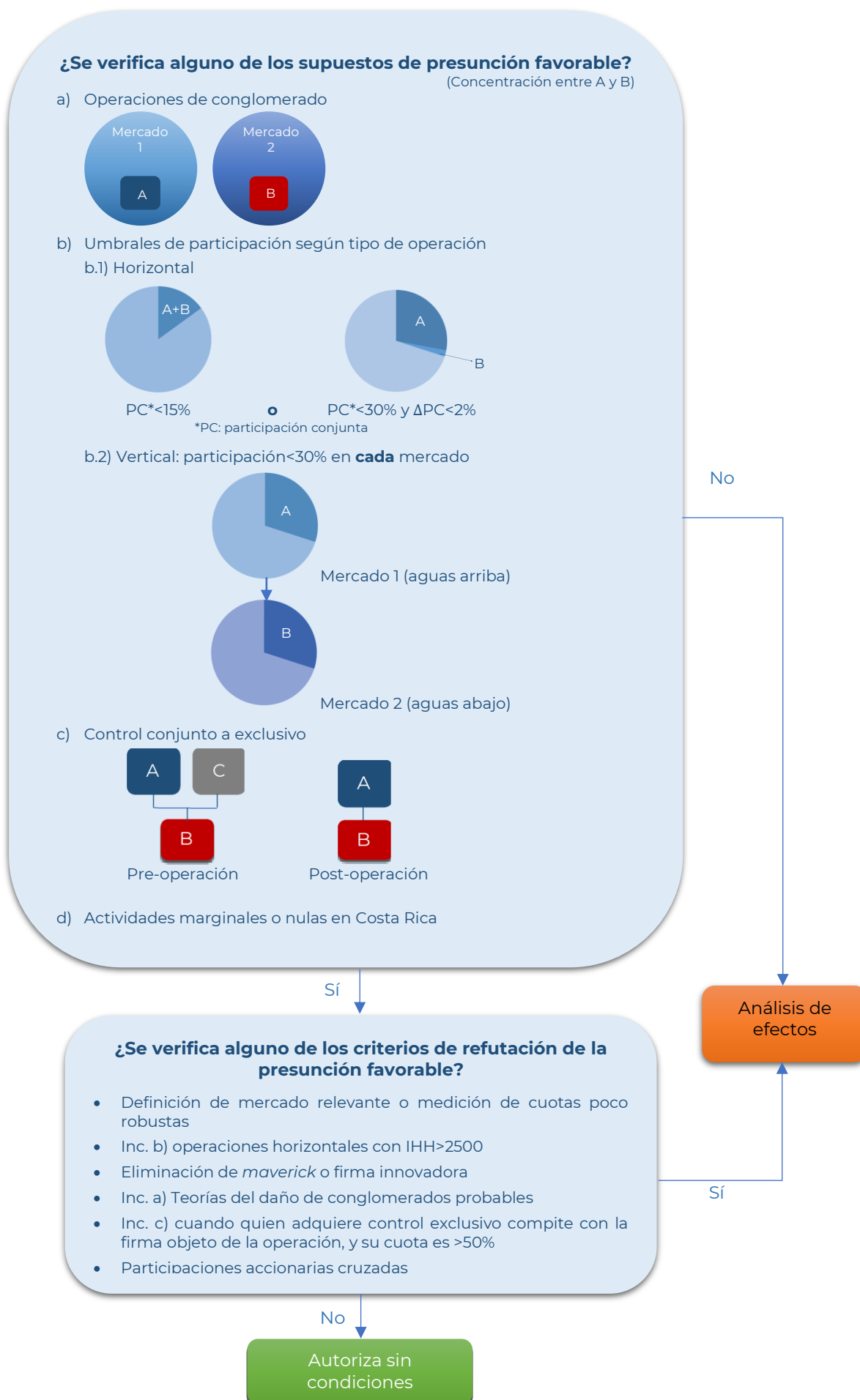
iii. En las concentraciones verticales, ninguna de las partes alcance una participación de mercado igual o superior al 30% en ninguno de los mercados afectados por la concentración.

c) Cuando un agente económico adquiriera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de una empresa sobre la cual ya tiene el control parcial.

d) Cuando el agente económico resultante de la concentración no realice ni haya previsto realizar actividades dentro del territorio nacional o cuando estas sean marginales”. 150 del Reglamento a la ley N° 9736.

El Diagrama 8 a continuación resume la metodología para la aplicación de la presunción favorable.

Diagrama 8. Aplicación de la presunción favorable



Elementos para determinar los cuatro casos de presunción favorable

A continuación, se desarrollan los elementos que considerará la COPROCOM para acreditar cada uno de los casos enumerados en la legislación y las informaciones que a tal fin deberán proveer los interesados.

a) Mercados separados, sin conexidad alguna

La presunción favorable aplica *“a) Cuando ninguna de las empresas involucradas realice actividades económicas en el mismo mercado o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización”*, (art. 150, inc. a) del Reglamento a la ley N°9736. Como se anticipó, se trata de operaciones de conglomerado.

A fin de acreditar este requisito, no será necesario definir con precisión los mercados relevantes en que cada empresa participa. Se analizará cómo clasifican las actividades económicas de las empresas que se concentran en la Clasificación de Actividades Económicas de Costa Rica (CAECR) del INEC, que es la adaptación de la más reciente Clasificación Industrial Internacional de todas las Actividades Económicas (CIIU) de las Naciones Unidas. También se analizarán la modalidad de fabricación, prestación y distribución de los productos y servicios de las empresas que se concentran a efectos de descartar cualquier tipo de complementariedad desde la producción, distribución, uso o consumo.

b) Cuotas de mercado muy bajas

La presunción favorable aplica *“b) Cuando la participación de las empresas involucradas en los mercados no sea susceptible de afectar significativamente la competencia. Se presumirá lo anterior cuando: i. En las concentraciones horizontales, las partes alcancen una participación conjunta igual o menor al 15% del mercado relevante afectado por la concentración. ii. En las concentraciones horizontales, las partes alcancen una participación conjunta superior al 15% e inferior al 30%, siempre que, producto de la concentración, la participación de mercado del agente económico resultante no aumente más de un 2%. iii. En las concentraciones verticales, ninguna de las partes alcance una participación de mercado igual o superior al 30% en ninguno de los mercados afectados por la concentración”*. Art. 150 inc. b) del Reglamento a la ley N° 9736.

Este inciso b) no aplica para las operaciones de conglomerado, que proceden por el inciso a). La aplicación de la presunción favorable del inciso b) es altamente sensible a las distintas definiciones posibles de los mercados relevantes, tanto en las concentraciones horizontales como en las verticales. También es altamente sensible a la estimación del tamaño de los mercados relevantes delimitados, lo cual debiera proveer de fuentes confiables e independientes de las partes.

Cualquier duda razonable respecto de la delimitación de los mercados relevantes, de la estimación del tamaño de los mercados relevantes, o de las cuotas de las empresas que se concentran en cada mercado relevante, conducirá al procedimiento ordinario de Fase 1. Nótese que de considerarse correctamente

estimado el tamaño del mercado y las cuotas de mercado individuales y conjuntas de las empresas que se concentran, aplica directamente el criterio fijado en la norma y no será necesario contar con información sobre las cuotas de mercado del resto de los participantes.

c) Se adquiere control exclusivo, cuando ya se contaba con control conjunto

La presunción favorable aplica *“c) Cuando un agente económico adquiera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de una empresa sobre la cual ya tiene el control parcial”* Art. 150 inc. c) del Reglamento a la ley N°9736.

Los medios de prueba de esta hipótesis no son de tipo económico. Debe describirse en detalle y documentarse cómo previo a la operación se formaba la voluntad social del agente económico cuyo control exclusivo se adquiere. En este caso, no se produce ningún cambio en la estructura de los mercados relevantes que puedan identificarse. En rigor, la parte vendedora estaría saliendo de, o reduciendo su influencia en, los mercados en que el agente adquirido participa.

d) Ausencia de efectos en el territorio nacional

La presunción favorable aplica *“d) Cuando el agente económico resultante de la concentración no realice ni haya previsto realizar actividades dentro del territorio nacional o cuando estas sean marginales”*. Art. 150 inciso d) del Reglamento a la ley N°9736.

Se trata de operaciones con efecto nulo o marginal en Costa Rica. Los elementos de prueba a considerar son de índole económica y pueden ser los siguientes (lista no exhaustiva):

- participación de las ventas en Costa Rica, respecto de las ventas totales de las empresas que se concentran, últimos tres años
- cuota de mercado en Costa Rica de las empresas que se concentran, últimos tres años
- volumen, valor y participación de mercado de las compras en Costa Rica de las empresas que se concentran
- declaración jurada respecto de que el agente no prevé realizar directa o indirectamente, por sí o a través de terceros ventas o compras significativas en Costa Rica.

Inaplicabilidad de la presunción favorable

En cualquier caso, si se producen dudas razonables respecto de la veracidad, confiabilidad, integridad o solidez de los medios de prueba provistos por las notificantes, se considerará que no existen los elementos suficientes para invocar la aplicación del artículo 102 de la ley N°9736 y del artículo 150 de su Reglamento. Consecuentemente, se profundizará el análisis y la producción de los medios de prueba necesarios para realizar un análisis de efectos convencional y así establecer si la operación notificada produce alguno de los efectos

anticompetitivos que establece el tercer párrafo del artículo 101 de la ley N°9736 (Ver Diagrama 8).

Sigue a continuación una lista ejemplificativa, no exhaustiva, de casos en los cuales la COPROCOM considerará que no es aplicable la presunción favorable.⁶⁴

- a) Cuando la definición de los mercados relevantes no es evidente y debe conducirse una investigación específica a tal fin.
- b) Cuando medir las cuotas de mercado de las firmas que se concentran requiera una investigación específica.
- c) Cuando la concentración eliminaría una fuerza competitiva importante.
- d) Cuando alguno de los mercados relevantes afectados ya está altamente concentrado: el valor del IHH supera los 2500 puntos.
- e) Cuando la entidad objeto que pasa de una situación de control conjunto a otra de control exclusivo compite con otra empresa controlada por quien adquiere el control de la entidad objeto, eliminando la independencia (relativa) de que gozaba dicha entidad, y la cuota de mercado conjunta es significativa (mayor al 50%).
- f) Cuando las empresas involucradas en la operación no participan del mismo mercado pero se pueden generar efectos de conglomerado significativos, debido a la eliminación de competencia potencial, efectos de cartera o conformación de conglomerados digitales, con riesgo para la competencia.

2.13 Remedios. Aprobación condicionada

Cuando el análisis de una operación de concentración indique que puede obstaculizar de forma significativa la competencia, la COPROCOM puede sujetar (subordinar) la autorización de la concentración al cumplimiento de condiciones que contrarresten los efectos anticompetitivos (inciso c del artículo 101 de la ley N°9736). La COPROCOM puede establecer condiciones de modo unilateral (artículo 103 de la ley N°9736 y artículo 151 de su Reglamento), así como también puede recibir o solicitar propuestas de compromisos elaboradas por las partes (artículo 104 de la ley y 153 de su Reglamento). Estas condiciones se denominan Remedios o Medidas Remediales para la operación de concentración.

2.13.1 Principios generales y criterios de valoración

Los principios generales que reflejan los criterios establecidos en el marco normativo nacional (artículo 104 de la Ley N°9736 y 153 de su Reglamento) y que surgen de las mejores prácticas internacionales son los siguientes.⁶⁵

⁶⁴ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo. (2013/C 366/04).

⁶⁵ ICN (2016), Merger Remedies Guide. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf

Proporcionalidad. Las condiciones o remedios deben ser proporcionales y diseñados para contrarrestar el daño a la competencia que podría ser causado por la concentración. Ello implica que el objetivo debe ser preservar la competencia y no buscar alterar la estructura de mercado preexistente a la operación.

Eficiencia. Deberán elegirse las condiciones que permitan contrarrestar el daño a la competencia con menores costos y que resulten menos lesivas para los agentes económicos que deban cumplirla.

Eficacia. Las condiciones deben poder ser implementadas de manera rápida, producir el impacto competitivo esperado y su cumplimiento debe ser verificable.

Transparencia y consistencia. Los criterios y procedimientos seguirán los principios y lineamientos preestablecidos de manera de favorecer la predictibilidad y preservar la confidencialidad. Las decisiones sobre remedios serán fundadas en los riesgos para la competencia que surjan del análisis de la operación.

2.13.2 Tipos de remedios

Los remedios pueden ser de dos tipos: estructurales o conductuales. Los remedios estructurales (incisos a y e del artículo 103 de la Ley N°9736 y artículo 151 de su Reglamento) involucran generalmente la desinversión o venta de unidades de negocios o activos de las partes y la separación o escisión de un agente económico. Los remedios conductuales limitan el comportamiento de la firma en el mercado post-concentración (incisos b, c, d y f del artículo 103 de la Ley N°9736).

Los remedios estructurales, reciben su denominación porque inciden en forma permanente sobre la estructura del mercado y se destacan por su efectividad para contrarrestar la creación o fortalecimiento de una posición dominante. Por lo general, en el caso de una concentración horizontal cuyo efecto fuera una reducción sustancial de la competencia, serán preferibles los remedios estructurales.

Los remedios estructurales que implican ventas de activos tienen por objeto el surgimiento de un competidor o la consolidación de los competidores existentes, con el fin de restablecer la presión competitiva que se perdería como consecuencia de la operación notificada.

Los remedios conductuales son un instrumento complementario a los remedios estructurales, para asegurar la efectividad de una desinversión, por ejemplo mediante obligaciones de abastecimiento (inciso c del artículo 103 de la Ley N°9736) durante un período.⁶⁶ Los remedios conductuales deben estar destinados a facilitar la rivalidad y la competencia, mediante obligaciones de acceso y licenciamiento, o de limitación de adquisición de activos (incisos c y f del mismo artículo), limitaciones al traspaso de información entre diferentes unidades de negocio de los agentes económicos que se concentran (conocidas como

⁶⁶ ICN (2016), op.cit.

“murallas chinas”), limitaciones a la celebración de contratos que contengan exclusividades, descuentos condicionales, ventas atadas, empaquetamientos o discriminaciones arbitrarias (incisos c y d del citado artículo).

Dado que los remedios conductuales sustituyen el comportamiento libre de los agentes económicos en el mercado y pueden restringir conductas pro-competitivas o impedir respuestas eficientes de las empresas a condiciones de mercado cambiantes, se procura que los condicionamientos no se transformen en una regulación permanente del mercado.⁶⁷

Si los conductuales fueran los únicos remedios aplicados, serían aceptables cuando: i) la operación genere eficiencias significativas que no pueden obtenerse sin la concentración, ii) no resulte factible un remedio estructural, iii) las condiciones conductuales resulten efectivas para contrarrestar el daño a la competencia, y iv) puedan ser implementados y controlados en forma efectiva.⁶⁸

2.13.3 Requisitos que deben cumplir los remedios

Los remedios, ya sea que surjan como ofrecimiento de las partes o sean determinados por la COPROCOM, deben satisfacer los siguientes requisitos legales (artículo 103 de la ley N°9736 y artículos 152, 154 y 155 de su Reglamento):

- 1) Los remedios conductuales tendrán un plazo máximo de 10 años, que podrá ser extendido 5 años si la concentración aún genera efectos anticompetitivos.
- 2) Los remedios conductuales estarán sujetos a revisión, a solicitud de parte, cuando las condiciones en el mercado varíen de tal manera que estos ya no sean necesarios para eliminar los efectos anticompetitivos previstos en la resolución que los impone. La carga de la prueba recaerá sobre la parte solicitante.
- 3) El costo de implementación estará a cargo de cada agente económico responsable.
- 4) La resolución mediante la cual COPROCOM establezca las condiciones determinará su forma de cumplimiento, plazo, así como mecanismos de verificación.

Estos requisitos establecidos en la legislación serán complementados con los elementos específicos que cada caso requiera a los fines de asegurar efectividad, idoneidad y certeza de las condiciones impuestas como así también su factibilidad de implementación, ejecución y verificación. La COPROCOM incorporará unilateralmente o a propuesta de las partes, los mecanismos de verificación que estime suficientes.

⁶⁷ DOJ (2020), Merger Remedies Manual. <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>

⁶⁸ DOJ (2020), op.cit.

2.13.4 Diseño de compromisos de desinversión

Las desinversiones, que implican la venta de todos los activos, tangibles e intangibles, necesarios para que el comprador de aquéllos pueda competir de manera efectiva con quienes se concentran, son los remedios estructurales más utilizados para mitigar los riesgos emanados de las operaciones de concentración de carácter horizontal.

El diseño de un compromiso de desinversión efectivo requiere de la selección de un conjunto de activos aceptable (el paquete de desinversión), de un comprador adecuado y de un proceso que facilite la implementación de la desinversión de manera rápida.

2.13.4.1 Selección del paquete de desinversión

Para que el paquete de desinversión cuente con la aptitud necesaria para restablecer la competencia que se perdería con la operación y para atraer el interés de potenciales compradores, debe incluir los activos y recursos que le posibiliten al comprador desarrollar una competencia efectiva con posterioridad a la concentración.

Los compromisos de desinversión que consisten en la venta de una o varias empresas o unidades de negocios existentes, operativas e independientes son los más recomendables. Estos permitirán que el comprador pueda competir inmediatamente en el mercado, contando con los activos físicos, el personal, los clientes, los suministros, los sistemas de información, activos intangibles (como la propiedad intelectual) y la infraestructura de gestión necesarios para la producción y distribución eficientes de los productos del mercado afectado por la operación.

Cuando no es posible la alternativa de venta de una unidad de negocios existente, un conjunto de activos o una parte de una unidad de negocios de una de las partes que se fusionan pueden constituir un paquete de desinversión aceptable que permita al comprador competir efectivamente en el mercado relevante. Las partes notificantes deben proporcionar evidencia de que el conjunto de activos desinvertidos es suficiente para que el comprador propuesto opere de una manera que mantenga la competencia en el mercado relevante.

Cuando existe incertidumbre sobre el interés de potenciales compradores en el paquete de desinversión propuesto, las partes o la autoridad pueden incluir activos valiosos adicionales (denominados "joyas de la corona" en la experiencia internacional). Estos activos podrían reemplazar o aumentar el paquete inicial de desinversión en caso de que no existan interesados dentro del plazo previsto para la venta de dicho paquete inicial. La existencia de dicho paquete de desinversión alternativo será mantenida con carácter confidencial tanto por parte de la COPROCOM, como por parte de las partes, hasta el último día del plazo inicial, al objeto de no afectar el proceso de desinversión primario, y se fijará un plazo

adicional para la venta del paquete de desinversión que incluya los activos valiosos adicionales.

Una alternativa para disipar dudas sobre la viabilidad de un paquete de desinversión, en particular cuando no se trate de una unidad de negocios en marcha, o sobre si sería atractivo para un comprador potencial, es someter a la aprobación de la COPROCOM, antes del cierre de la operación, un comprador identificado previamente, como se describe en la sección 2.13.4.3.1.

En todos los casos, la resolución que apruebe la operación sujeta al cumplimiento de un compromiso de desinversión identificará el conjunto de activos a transferir (el paquete de desinversión).

2.13.4.2 Características de un comprador adecuado

Para la implementación efectiva del compromiso de desinversión, el comprador autorizado debe poseer tanto los medios como la intención de competir en el mercado relevante a los fines de restablecer la rivalidad competitiva que se perdería como consecuencia de la concentración.

Para ello, un comprador adecuado debe tener capacidad financiera, experiencia gerencial y capacidad operativa, demostrar la intención de competir en el mercado relevante, su compra de los activos desinvertidos no debe plantear problemas de competencia y ser independiente de las partes que se concentran⁶⁹.

Entre los elementos e información para evaluar al comprador se encuentran los siguientes: los estados financieros del comprador y otros documentos financieros como los vinculados a préstamos y emisiones de bonos, los planes de negocios existentes y futuros, la composición de su equipo ejecutivo, la experiencia pasada del comprador en la adquisición de activos y la integración de operaciones; entrevistas con la dirección del comprador, las opiniones de terceros participantes de la industria⁷⁰.

2.13.4.3 Implementación del proceso de desinversión.

2.13.4.3.1 Momento de aprobación del comprador

Existen distintas maneras de implementar el proceso de desinversión, en función del momento en que se identifica y aprueba al comprador. Las principales alternativas que surgen de la experiencia internacional se describen a continuación⁷¹:

⁶⁹ Por ejemplo, la existencia de directores de las partes de la operación en los organismos de gobierno corporativo del comprador o las participaciones minoritarias cruzadas afectan el requisito de independencia. También atenta contra este requisito que se utilicen recursos de las partes para financiar la compra de los activos desinvertidos.

⁷⁰ ICN (2016), op.cit.

⁷¹ European Commission (2008) Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC1022%2801%29>

1. **Desinversión post-cierre:** El proceso de venta, y por ende la identificación del comprador adecuado y su aprobación por parte de la COPROCOM, se realizan después de perfeccionada la operación de concentración notificada. La aprobación del comprador ocurrirá con posterioridad a la resolución aprobatoria, que establecerá los plazos y condiciones del proceso de desinversión.
2. **Identificación previa del comprador:** Las partes identifican y proponen el comprador con anterioridad al cierre de la operación, de modo que su aprobación se incluya en la resolución de aprobación condicionada de la operación. Existen dos variantes de esta alternativa:
 - a. Las partes se comprometen a celebrar un compromiso vinculante con el comprador aprobado antes del cierre de la operación⁷².
 - b. Las partes celebran un compromiso vinculante con el comprador durante el procedimiento de revisión de la COPROCOM⁷³. En este caso, la resolución de aprobación condicionada, incluirá la aprobación de la transferencia de activos desinvertidos y no se requerirá una actuación posterior de la COPROCOM.

Las alternativas indicadas precedentemente pueden diferir en el grado de certeza sobre el éxito en la implementación del proceso de desinversión. La modalidad de desinversión post cierre proveerá un grado aceptable de certeza sobre la implementación exitosa cuando existan suficientes interesados idóneos por el paquete de desinversión. Las modalidades de identificación previa del comprador contribuyen a reducir los riesgos de implementación, en particular el de deterioro de la capacidad competitiva del paquete de desinversión, y evita procesos de venta largos.

2.13.4.3.2 Supervisor de cumplimiento

La COPROCOM podrá considerar necesario designar, unilateralmente o con base en una propuesta de las partes, un supervisor de cumplimiento ("*trustee*") que monitoree el proceso de venta.⁷⁴

El supervisor de cumplimiento debe ser independiente de las partes de la operación, ser calificado para la tarea y no poseer conflictos de interés.

El alcance de las tareas y responsabilidad del supervisor deben estar establecidos en su mandato, que será aprobado o especificado por la COPROCOM.

Los términos de pago para el supervisor deben establecerse en el mandato. El supervisor suele ser pagado por las partes que se concentran, aunque debe actuar únicamente de parte de la COPROCOM.

⁷² A esta variante se la denomina "upfront buyer" en la normativa europea. CE (2008), op.cit.

⁷³ A esta variante se la denomina "fix-it-first remedy" en la normativa europea. CE (2008), op.cit.

⁷⁴ Un supervisor de cumplimiento puede ser utilizado también para monitorear los compromisos conductuales.

2.13.4.3 Protección del paquete de desinversión previo a su venta

La efectividad del remedio de desinversión podría verse socavada si la prolongación del proceso de desinversión deteriora la cartera de clientes, proveedores o el personal, de las empresas o negocios a desinvertir. Por ello, el establecimiento y cumplimiento de plazos acotados resulta importante.

A fin de preservar la viabilidad de los activos a desinvertir los compromisos de desinversión pueden incluir cláusulas que garanticen su administración separada y gestión independiente de las actividades que retengan las empresas que se concentran, lo cual puede requerir de un administrador independiente.

Anexo I . Modelo de dispensa de confidencialidad

Lugar y fecha

Sres. Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)

Re: [REFERENCIA DEL CASO]

Estimado/a:

En nombre de [la EMPRESA A], confirmo que [la EMPRESA A], sujeto a las condiciones y limitaciones aquí establecidas, acuerda renunciar a las restricciones relacionadas al uso y confidencialidad establecidas por las leyes N°7472 y N°9736 y demás normas aplicables (colectivamente, las "Obligaciones de Confidencialidad") que impiden que la COPROCOM revele a [la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA] información obtenida de [la EMPRESA A] en relación con la transacción propuesta con [la EMPRESA B].

Específicamente, [la EMPRESA A] acepta que los funcionarios de la COPROCOM puedan compartir con [la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA] cualquiera de los documentos, declaraciones, datos e información, así como análisis internos propios de la COPROCOM que contengan o se refieran a los materiales de [la EMPRESA A] que de otro modo serían excluidos por la Obligaciones de confidencialidad.

Esta renuncia se otorga solo con respecto a las divulgaciones a [la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA] y solo con la condición de que [la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA] trate como confidencial la información que obtiene de la COPROCOM. El presente acuerdo no constituye una renuncia por parte de [la EMPRESA A] de sus derechos protegidos por las Obligaciones de Confidencialidad contra la revelación de la información de modo directo o indirecto de información a cualquier tercero que no sea [la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA].

[La EMPRESA A] presenta esta renuncia bajo la condición y entendimiento de que, la información que la COPROCOM obtiene de [la EMPRESA A] y que proporciona a [la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA] de conformidad con esta renuncia, continuará siendo protegida por la COMPROCOM respecto de terceros ajenos a este acuerdo.

Se adjunta copia de la carta de COPROCOM dirigida a la AUTORIDAD EXTRANJERA.

Atentamente,

[APODERADO DE LA EMPRESA A]

cc: [CONTACTO en la AUTORIDAD DE COMPETENCIA EXTRANJERA] ⁷⁵

⁷⁵ Dado que la dispensa de confidencialidad es recíproca, se notifica simultáneamente a las autoridades de dos o más jurisdicciones.