

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
SEDE RODRIGO FACIO
FACULTAD DE DERECHO
TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

“EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN COSTA RICA A LA LUZ DE LA REFORMA A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 9072”



KAREN CHACÓN QUESADA. A61489

NANCY VEGA REYES. A86857

SAN JOSÉ, COSTA RICA

JULIO, 2014



25 de junio del 2014
FD-AI-430-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: **Nancy Vega Reyes**, carné A86857 y **Karen Chacón Quesada**, carné A61489, denominado: "El Control de Concentraciones Económicas en Costa Rica a la luz de la Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del consumidor, Decreto Legislativo número 9072" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Edgar Odio Rohrmoser
Presidente	Licda. Ana Cristina Viquez Cerdas
Secretaria (o)	Licda. Ana Lucía Espinoza Blanco
Miembro	Lic. Ovelio Rodríguez León
Miembro	Lic. Federico Torrealba Navas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **22 de julio del 2014**, a las 5:00 p.m. en la Sala de Réplicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

Ava
Cc: Expediente

San José, 20 de junio de 2014

Señores
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

El suscrito **EDGAR ODIO ROHRMOSER**, en mi condición de **DIRECTOR**, por este medio hago constar que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado “EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN COSTA RICA A LA LUZ DE LA REFORMA A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 9072”; propuesto por las estudiantes **KAREN CHACÓN QUESADA**, portadora del carné universitario número A61489 y **NANCY VEGA REYES**, portadora del carné universitario número A86857.

El control de concentraciones económicas ex – ante introducido en la reforma y analizado por las estudiantes en el presente trabajo de investigación, representa un esfuerzo legislativo importante para que nuestra jurisdicción se alinee con las tendencias internacionales de Derecho de la Competencia en el análisis de estructura de mercado. Por medio de este trabajo, las estudiantes logran analizar con profundidad el contenido de dicha reforma, tanto en el sentido estricto de la ley como la aplicación que la autoridad de competencia ha dado de la misma en su corta vigencia; así como identificar sus principales deficiencias e implicaciones prácticas en las operaciones de concentración económica.

Adicionalmente, en este acto hago contar que el presente Trabajo Final de Graduación cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, de conformidad con el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,



M. Edgar Odio Rohmoser.
Director.

San José, 12 de junio de 2014

Señores
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

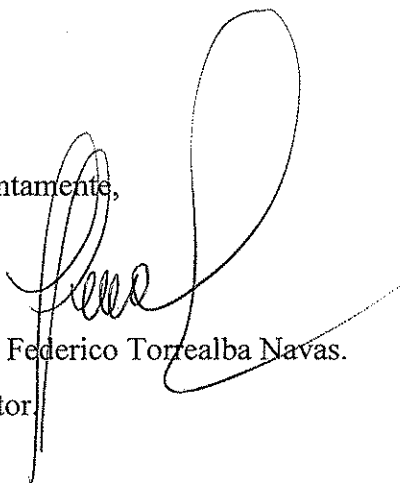
El suscrito **FEDERICO TORREALBA NAVAS**, en mi condición de **LECTOR**, por este medio hago constar que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado “EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN COSTA RICA A LA LUZ DE LA REFORMA A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 9072”; propuesto por las estudiantes **KAREN CHACÓN QUESADA**, portadora del carné universitario número A61489 y **NANCY VEGA REYES**, portadora del carné universitario número A86857.

En este acto hago constar que el presente Trabajo Final de Graduación **CUMPLE** con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, de conformidad con el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,

Lic. Federico Torrealba Navas.

Lector.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Federico Torrealba Navas', is written over the typed name. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

San José, 16 de junio de 2014

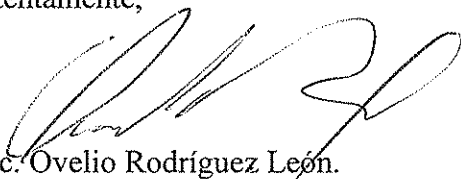
Señores
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

El suscrito **OVELIO RODRÍGUEZ LEÓN**, en mi condición de **LECTOR**, por este medio hago constar que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado “EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN COSTA RICA A LA LUZ DE LA REFORMA A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 9072”; propuesto por las estudiantes **KAREN CHACÓN QUESADA**, portadora del carné universitario número A61489 y **NANCY VEGA REYES**, portadora del carné universitario número A86857.

En este acto hago constar que el presente Trabajo Final de Graduación **CUMPLE** con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, de conformidad con el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,



Lic. Ovelio Rodríguez León.

Lector.

CARTA DE REVISIÓN DEL FILÓLOGO

San José, 21 de junio del 2014.

Señores
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA


Estimados señores:

Hago constar que he revisado el trabajo de TESIS de las estudiantes KAREN CHACÓN QUESADA y NANCY VEGA REYES denominado EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN COSTA RICA A LA LUZ DE LA REFORMA A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 9 072, para optar por el grado académico de LICENCIATURA EN DERECHO.

He revisado errores gramaticales, ortográficos de puntuación y de estilo que se manifiestan en el documento escrito, y he verificado que estos fueron corregidos por las autoras.

Con base en lo anterior, se considera que dicho trabajo cumple con los requisitos establecidos por la UNIVERSIDAD para ser presentado como requisito final de graduación.

Atentamente,



Dr. Bolívar Bolaños Calvo
Carné: 2 949
Colegio de Licenciados y Profesores
Cédula de Identidad: 2-279-320
e-mail: solyma@racsa.co.cr

Dedicatoria

A nuestros padres.

Agradecimientos

A la Comisión para Promover la Competencia, y la Unidad Técnica de Apoyo y Asesoría por siempre tener sus puertas abiertas para nosotras.

A nuestro director Édgar Odio Rohrmoser, por su guía y apoyo durante este proceso.

A nuestro Comité Asesor y Tribunal Examinador por su colaboración en este proceso.

A nuestra familia y amigos por todo su apoyo a lo largo del proceso.

Tabla de contenidos

Dedicatoria	i
Agradecimientos.....	ii
Tabla de contenidos.....	iii
ÍNDICE DE FIGURAS.....	vi
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	vii
Resumen	viii
Ficha Bibliográfica	x
Introducción	1
Capítulo 1 Concentraciones Económicas	10
1.1 Concepto	10
1.2 Participantes.....	17
1.3 Tipos de Concentraciones Económicas.....	19
1.3.1 Vertical	20
1.3.2 Horizontal.....	23
1.3.3 Conglomerado	24
1.4 Aspectos económicos en el análisis de Concentraciones Económicas	26
1.4.1 Mercado Relevante.....	26
1.4.2 El índice de Herfindahl - Hisrchmann (HHI)	28
1.4.3 Barreras de Entrada	32
1.4.4 Costos Hundidos	33
1.4.5 Eficiencias.....	34
1.4.6 Condiciones.....	36
1.5 Concentraciones Económicas como un nuevo régimen competitivo	40

1.6	Implicaciones positivas y negativas de las Concentraciones Económicas	44
1.7	Impacto de las Concentraciones Económicas en la Defensa Efectiva del Consumidor y Promoción de la Competencia	53
Capítulo 2	Control de Concentraciones Económicas en el mundo.....	56
2.1	Definición de Control de las Concentraciones Económicas.....	56
2.2	Justificación del Control de Concentraciones Económicas.....	58
2.3	Sistemas de Control de Concentraciones Económicas aplicados	61
2.4	Sistemas y Procedimiento de Control de Concentraciones Económicas aplicados en otras jurisdicciones	69
2.4.1	España	69
2.4.2	Unión Europea	79
2.4.3	Estados Unidos.....	88
2.4.4	México.....	97
2.5	Ventajas y desventajas de los Sistemas de Control de Concentraciones Económicas	101
Capítulo 3	Control de Concentraciones Económicas en Costa Rica.....	112
3.1	Implicaciones del Sistema de Control de Concentraciones Económicas a partir de la Libre Empresa y la Defensa de la Libre Competencia Costarricense	112
3.2	Análisis Constitucional del Sistema de Control de Concentraciones Económicas Costarricense	117
3.3	Sistema y Procedimiento de Control de Concentraciones Económicas antes de la reforma	121
3.4	Análisis de casos de Control de Concentraciones Económicas gestionados ante la Comisión para Promover la Competencia de Control bajo la legislación anterior a la reforma: Caso Mabe – Atlas.	130
3.5	Justificación y Necesidad de la Reforma	139
3.6	Análisis de las reformas a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor	144
3.7	Sistema y Procedimiento de Control de Concentraciones Económicas a partir de la reforma de 2012: Umbrales y Sanciones	150
3.8	Marco Institucional: Rol de COPROCOM en el Control de las Concentraciones Económicas de acuerdo con la reforma	181

3.9	Análisis de casos de Control de Concentraciones Económicas gestionados posterior a la reforma	183
3.10	Ventajas y Desventajas del nuevo sistema de Control de Concentraciones Económicas	191
Capítulo 4	El Comportamiento de las Concentraciones Económicas en Costa Rica.....	201
4.1	Análisis de las concentraciones económicas en Costa Rica	201
4.2	Impacto del control de concentraciones económicas en el mercado costarricense.....	219
	Conclusiones y Recomendaciones.....	223
	Referencias Bibliográficas	235
	Anexos	238

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 3.1	Operaciones analizadas a partir de la reforma.....	184
Figura 4.1	Comportamiento de las Concentraciones Económicas.....	218

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE: Comisión Europea (Unión Europea).

CNC: Comisión Nacional de la Competencia (España).

COMPAL: Programa de Competencia y Protección al Consumidor en América Latina.

COPROCOM: Comisión para Promover la Competencia.

DOJ: División Antimonopolios del Departamento de Justicia. (Department of Justice. Estados Unidos).

F&A: Fusiones y Adquisiciones.

FTC: Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission. Estados Unidos).

ICN: Red Internacional de Competencia (International Competition Network).

M&A: Fusiones y Adquisiciones (Mergers & Acquisitions).

MEIC: Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

OECD: Organización para la cooperación y el desarrollo económico (Organization for Economic Co-operation and Development).

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development).

Resumen

El sistema de control de concentraciones es una herramienta para garantizar la sana competencia y correcta estructura del mercado, de forma que las operaciones de concentración no otorguen poder sustancial de mercado, o desencadenen monopolios. A pesar de ello hasta 2010 no existía en Costa Rica el control ex - ante de concentraciones, sino el control ex - post sancionatorio por los efectos negativos que causaba la operación al mercado, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley de Promoción de la Competencia. Este sistema carecía de un carácter preventivo, por ello, Costa Rica introdujo en 2010 un control de concentraciones ex - ante voluntario a la Comisión para Promover la Competencia. Al ser el control dependiente de la voluntad de los agentes, el sistema resultó ineficiente y, por lo tanto, en 2012, se introduce el sistema obligatorio ex - ante, según el cual las operaciones que cumplan con ciertos parámetros, deben ser autorizadas previamente por la Comisión.

Esta nueva legislación representa un cambio drástico en el mercado de concentraciones, por ello el objetivo general de esta investigación es analizar el control de las concentraciones económicas costarricense con base en la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y determinar si es una herramienta necesaria para el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia y estructura del mercado costarricense.

Asimismo, en vista de que el objeto del control de concentraciones busca un equilibrio en el mercado, de forma que se autoricen solamente aquellas concentraciones que no obstaculicen la competencia efectiva, la hipótesis de la presente investigación es que el control de concentraciones económicas introducido en la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa

Efectiva del Consumidor, es una herramienta necesaria para el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia y estructura del mercado costarricense.

Respecto de la metodología utilizada, se basa en un método analítico, utilizando la investigación, entrevistas, recopilación y análisis de estadísticas. Se requiere de la recopilación doctrinal y regulatoria de los controles de concentración, así como un análisis de la normativa costarricense y el análisis estadístico de las concentraciones económicas, para así determinar si, efectivamente, la reforma permite el control de la libre competencia.

Una vez realizado dicho análisis, es posible concluir que el control de concentraciones introducido en la reforma, es una herramienta necesaria para el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia en el mercado costarricense, ya que a partir de su promulgación las cifras de crecimiento de las operaciones de concentración se han mantenido altas, de forma que no se limita la libertad empresarial ni desincentiva la inversión, sino permite a las empresas generar alianzas que permitan a estas permanecer en el mercado de la mano con los intereses del Estado, según el artículo 46 de la Constitución Política.

A partir del análisis se concluye que el sistema presenta ciertas deficiencias como: no ser un control totalmente ex – ante, sino que permite el cierre antes de notificar; no existe claridad en quien debe notificar, lo que puede terminar obligando a terceros no parte del “proceso” ante la Comisión y, finalmente, en el tema de casas matrices no hay claridad respecto de cuáles operaciones extranjeras están sujetas al control.

A pesar de dichas deficiencias, este control ha respondido adecuadamente como una herramienta en el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia y estructura del mercado, sin perjuicio de una reforma para aclarar las deficiencias ya indicadas y cualquier otra que pueda presentarse a futuro, al ser las concentraciones económicas un mercado cambiante.

Ficha Bibliográfica

Chacón Quesada Karen, Vega Reyes Nancy, "El control de concentraciones económicas en Costa Rica a la luz de la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, decreto legislativo número 9072". Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014.(X-277).

Director: Édgar Odio Rohmoser.

Palabras claves: Derecho de la Competencia. Antitrust. Antitrust Law. Derecho Mercantil. Concentraciones. Concentraciones Económicas. Fusiones y Adquisiciones. Mergers and Acquisitions. Control de Concentraciones. Control de Concentraciones Económicas. Merger Control.

Introducción

JUSTIFICACIÓN

El control de concentraciones económicas es un sistema mediante el cual los agentes económicos parte de la operación deben notificar a las autoridades de competencia, solicitando la autorización de la operación. De esta manera, es una herramienta que busca garantizar que la concentración no produzca efectos anticompetitivos y monopolísticos en el mercado, afectando la economía, la libre competencia y la estructura del mercado. Adicionalmente, este sistema es complementado con sistemas de análisis retrospectivo sancionatorio, que permiten investigar de forma posterior las operaciones que están desplegando efectos anticompetitivos en el mercado, sancionar a los agentes responsables y tratar de subsanar la alteración al mercado.

El sistema de control de concentraciones se aplica desde hace años en la mayoría de las jurisdicciones del mundo, con diferentes matices y parámetros, dependiendo del tamaño y desarrollo de las economías y el mercado. Su aplicación lo ha convertido en una herramienta necesaria para garantizar el crecimiento ordenado y sano del mercado. A pesar de ello, hasta dos mil diez no existía en Costa Rica ninguna forma de control ex – ante de concentraciones, sino un control ex – post sancionatorio por los efectos negativos que causaba la

operación al mercado de conformidad con el artículo doce de la Ley de Promoción de la Competencia. Para aplicar esta sanción, la Comisión debía realizar un análisis retrospectivo de la operación y determinar sus efectos.

Como puede verse, este sistema ex – post, carecía de un carácter preventivo, ya que su labor era realizar un análisis retrospectivo de la operación, determinar los efectos negativos de la misma y sancionarlos, además de tratar de retrotraerlos. Esto presentaba la dificultad de tratar revertir situaciones consolidadas en el mercado y que han provocado efectos nocivos. Por ello, Costa Rica introdujo en dos mil diez un control de concentraciones ex - ante por medio del sistema de notificación voluntaria a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM). Al ser el control dependiente de la voluntad de los agentes, el sistema resultó ineficiente y, por lo tanto, en setiembre de dos mil doce, se introduce el sistema de notificaciones obligatorias ex - ante, según el cual las operaciones que cumplan con ciertos parámetros, deben ser autorizadas previamente por la Comisión. De esta forma, se realiza un análisis de forma prospectivo o a futuro sobre las posibles implicaciones que podría tener la operación en el mercado.

La situación descrita representa un cambio drástico e importante en el mercado de concentraciones, y lleva a preguntarse el porqué del cambio en la legislación. Si el mercado costarricense lleva años de estar en crecimiento ¿por qué la legislación se adhiere al control de concentraciones hasta hace cuatro

años? Adicionalmente a esto, debe considerarse que un cambio de legislación siempre va a impactar el mercado al que se dirige, de manera que esta reforma hace preguntarse qué implicaciones va a tener esta nueva legislación en el mercado de concentraciones.

De la mano con las potenciales implicaciones al mercado, surgen otra serie de interrogantes: ¿Es posible de que la falta de control obligatorio sea una de las razones por las cuales el mercado de concentraciones económicas ha crecido tanto en los últimos años? ¿Es verdaderamente necesario un sistema de control de concentraciones? ¿Existe un interés público en el sistema de control de concentraciones que justifique la intervención estatal en la actividad privada? ¿Puede convertirse este mecanismo de control en un desincentivo a la inversión o disminución del comercio? ¿Están las entidades gubernamentales capacitadas para llevar a cabo este tipo de control? ¿Existe algún otro mecanismo de control menos intervencionista que pueda aplicarse a las concentraciones económicas?

Como ya será posible determinar para este momento, la reforma genera una cantidad de interrogantes. Y buscar respuesta a cada una de ellas es la razón de ser de la presente investigación. Adicionalmente, por medio de esta investigación se pretende analizar las implicaciones que tendrá o puede tener el control de concentraciones introducido por medio de la reforma en el mercado de concentraciones.

Adicionalmente, esta investigación se sustenta en la necesidad de determinar si el sistema de control de concentraciones introducido por medio de la reforma verdaderamente responde a las necesidades del mercado costarricense, ya que es ocasional que en Costa Rica, se tomen modelos de sistemas y legislación basados en sistemas productivos, económicos de otras jurisdicciones, que responden efectivamente a sus necesidades, pero que al momento de ser trasladados a la realidad costarricense, no surten la misma efectividad. Por lo cual por medio de esta investigación se busca determinar si el sistema aplicado es efectivo, y en caso de no serlo, analizar sistemas alternativos de control que pudieran ser más efectivos.

OBJETIVO GENERAL

Analizar el control de las concentraciones económicas costarricense con base en la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Estudiar el concepto, tipos, participantes e implicaciones de las concentraciones económicas y los sistemas de control de concentraciones.

2. Estudiar los sistemas de control de concentraciones económicas aplicados en otras jurisdicciones como España, Estados Unidos, Unión Europea y México.

3. Investigar el sistema y procedimiento de control de concentraciones en Costa Rica a partir de la reforma.

4. Analizar el comportamiento de las concentraciones económicas.

HIPOTESIS

El control de concentraciones económicas introducido en la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto Legislativo número 9072, es una herramienta necesaria para el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia y estructura del mercado costarricense.

METODOLOGÍA

El presente Trabajo Final de Graduación que se pretende desarrollar, se basa en un método analítico, utilizando la investigación, entrevistas, recopilación, análisis de estadísticas y documentación.

Para el desarrollo de la investigación es necesario utilizar herramientas que permitan recolectar el mayor número de información necesaria, a fin de obtener un conocimiento más amplio del control de las concentraciones económicas en Costa

Rica, con el propósito de adquirir el marco conceptual del tema en estudio.

Por naturaleza del proyecto se requiere de la recopilación doctrinal, jurisprudencial y regulatoria que refiere a los controles de concentración relacionados con la investigación. Para tal fin se consultarán documentos escritos, formales e informales, asimismo del estudio y análisis del marco regulatorio antes y después de la reforma.

Se realizara además un análisis del sistema de control utilizado en otros países a fin de comparar estos sistemas con el costarricense.

Se orienta además al desarrollo y el estudio de casos jurisprudenciales que se han resuelto en Costa Rica, así como recopilar datos de la tendencia de los controles de concentración en nuestro país durante los últimos cinco años.

Asimismo se utilizarán entrevistas con el fin de que se brinde información por parte de especialistas en el tema en aras de obtener una perspectiva práctica del tema en estudio, información que será proporcionada por funcionarios de COPROCOM, expertos en materia de Competencia.

Finalmente se realizará un estudio del comportamiento del mercado de concentraciones a partir de dos mil diez, para determinar el impacto que tuvieron las reformas incorporadas en el mismo.

DESARROLLO CAPITULAR

La presente investigación se desarrolla en cuatro capítulos: el primer capítulo desarrolla el concepto de concentraciones económicas, sus tipos, participantes y elementos de análisis económico requeridos para su comprensión, así como sus implicaciones en el mercado y Derecho de la Competencia; el segundo capítulo analiza la figura del control de concentraciones económicas, su concepto, justificación y tipos aplicados en distintas jurisdicciones; el tercer capítulo analiza el control de concentraciones aplicado en Costa Rica de forma anterior y posterior a la reforma, así como en análisis de casos significativos de ambos períodos normativos; y finalmente, el cuarto capítulo analiza el comportamiento de las concentraciones económicas a partir de la introducción de la reforma.

El primer capítulo se encuentra estructurado en siete secciones para analizar la figura de las concentraciones económicas. La primera sección analiza el concepto de concentraciones económicas; la segunda analiza sus participantes, la tercera estudia los tipos de concentraciones económicas existentes y sus diferencias, la cuarta examina los elementos de tipo económico que deben de considerarse para el estudio de concentraciones económicas, la quinta explica las concentraciones económicas como un nuevo régimen utilizado por los agentes económicos para competir, la sexta determina las implicaciones positivas y negativas que han tenido las operaciones de concentración y finalmente en la

sétima sección se analiza el impacto de dichas operaciones a la luz del Derecho de la Competencia.

El segundo capítulo se encuentra estructura en cinco secciones para analizar el control de concentraciones y su aplicación en el mundo. La primera sección define el control de concentraciones, la segunda justifica la necesidad de aplicar el control en temas de concentraciones, la tercera expone los sistemas de control existentes, la cuarta expone dichos sistemas de control a la luz de las jurisdicciones líderes en el tema: España, Unión Europea, Estados Unidos y México, y finalmente la última sección detalla las ventajas y desventajas del control de concentraciones.

El tercer capítulo se concentra en el control de concentraciones económicas existente en Costa Rica. Se encuentra compuesto por diez secciones, en las cuales se estudia lo siguiente: la primera analiza el control de concentraciones a partir de los principios de la libre empresa y libre competencia, el segundo examina este mecanismo de control a la luz de la Constitución Política de Costa Rica, la tercera expone cómo era el control de concentraciones existente en Costa Rica antes de la primera reforma en dos mil diez, la cuarta expone las deficiencias del sistema a la luz del caso Mabe – Atlas, la quinta justifica la necesidad de iniciar un proceso de reforma en tema de control de concentraciones, la sexta analiza las reformas realizadas a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor a partir de dos mil diez, la séptima expone el procedimiento a

seguir así como los requisitos a cumplir para someterse al control de concentraciones económicas costarricense, así como las sanciones aplicables en caso de incumplimiento, la octava analiza el rol de la Comisión para Promover la Competencia en el control de concentraciones económicas costarricense, la novena realiza un análisis de los casos gestionados ante el nuevo mecanismo de control introducido en la reforma de dos mil doce, y finalmente en la décima sección se determinan las ventajas y desventajas que ha presentado este nuevo sistema de control.

Finalmente, el cuarto capítulo analiza cómo se han comportado las concentraciones económicas a partir de la reforma introducida en dos mil diez. Este capítulo se encuentra compuesto por dos secciones: en la primera se realiza un análisis de la cantidad de operaciones de concentración económicas reportadas a partir de dos mil diez, y en el segundo se analiza, a partir de dichas cifras, que impacto ha tenido la reforma en las concentraciones económicas.

1.1 Concepto

El término de “Concentraciones”, tal y como lo explica Molina Sandoval, debe entenderse como “(...) la reunión de varias partes en un centro”.¹ De conformidad con esta definición las concentraciones pueden ser de muchos tipos y en diversas áreas, sin embargo, para efectos de esta investigación, las concentraciones que interesan son las de las empresas.

De esta forma, las concentraciones empresariales se entienden como aquella unión de empresas, que en algún momento fueron independientes, y que posterior a la concentración, pasan a formar parte de una sola. Por ende, varias compañías se unen en un solo centro.

Asimismo, la concentración adquiere el carácter de económica cuando “conduce a la unificación de empresas, hasta entonces independientes, en nuevas unidades económicas para formar empresas cada vez mayores y, con ello, simultáneamente, a la disminución del número de empresas independientes en un

¹MOLINA Carlos, “*El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino.*”, Argentina, junio de 2010, disponible en http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/25/, consultado el 10 de enero de 2014, p. 3.

mercado determinado y aun en el conjunto de una economía”.²

De esta manera, la concentración adquiere el matiz de económica cuando tiene un impacto en el mercado, tanto en su composición como en desenvolvimiento. En la concentración económica desaparecen competidores y disminuye la cantidad de oferentes, alterando el desenvolvimiento del mercado. Y por ello, pasa de ser una simple unión a una unión económica.

Más allá de la definición literal de concentraciones económicas, su mayor relevancia se encuentra en el Derecho de la Competencia. De acuerdo con esta rama, la clave del fenómeno radica en el elemento de control.

En este sentido, las concentraciones económicas pueden ser entendidas como aquellos “acuerdos relativos a la propiedad, integración y otras formas de control de las actividades entre empresas competidoras, siendo el centro de las mismas las operaciones de fusión, adquisición o constitución de empresas conjuntas como el caso de Joint Ventures.”³

En este mismo sentido, lo ha definido la legislación española como todo aquel “(...) cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas (...). Concretamente, se entenderá que se produce este cambio de control como consecuencia de (i) la fusión de dos o más empresas anteriormente

²²*Ibid.*, p. 3.

³TINEO Luis, “*Políticas y Leyes sobre competencia en América Latina: Convergencias y Divergencias.*”, Conferencia Competition Policy and Enforcement, OECD/World Bank/Gobierno de Argentina, Argentina, 1996, p. 12.

independientes, (ii) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o (iii) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.”⁴

A partir de lo anterior, es posible determinar que las concentraciones económicas se manifiestan de muy diversas maneras, ya que su elemento principal y característico es la adquisición, transferencia o cambio en el control económico que ejerce un agente sobre otro. De esta manera, no existe un forma jurídica específica de concentraciones económicas, y la misma forma jurídica empleada no es determinante para clasificarla como concentración o no.

De esta forma, las concentraciones económicas no son equivalentes a fusiones y adquisiciones exclusivamente. Si bien tradicionalmente las concentraciones económicas han sido asociadas con los procesos Fusiones y Adquisiciones, los fenómenos de concentraciones no se reducen solamente a este tipo de transacciones, sino que pueden manifestarse mediante cualquier otro acto de concentración entre compañías, tales como Joint Ventures.

En el caso de dos competidores que acuerdan constituir una nueva sociedad mediante un Joint Venture, cuyo objeto es participar en el mercado, se

⁴MARCOS Francisco y SÁNCHEZ Albert, *“El sistema de control de concentraciones empresariales en la nueva ley de defensa de la competencia.”*, Madrid, noviembre de 2007, p.7.

les otorga un control sobre el mercado a ambos competidores, que ahora son socios, se estaría frente a una concentración a pesar de no existir adquisición o fusión de compañías. Lo anterior rompiendo con el esquema tradicional de concentración.

Adicionalmente, cabe destacar de las definiciones anteriores que el elemento fundamental en una concentración económica es el control. De manera que no es necesaria la adquisición o fusión de una compañía por su competidor, para estar frente a una concentración.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (conocida como OECD por sus siglas en inglés), el control es la posibilidad de ejercer decisiones definitivas en la compañía a partir de derechos, contratos o cualquier otro medio. De esta forma, la manera típica de adquirir control es por medio de la adquisición de acciones o activos, posiblemente combinado con acuerdos de accionistas.⁵

De esta manera, el control le permite a una de las compañías dirigir y determinar el curso de negocio de las demás, así como participar en la toma de decisiones y disposición de activos. Inevitablemente, al momento de una concentración económica, una compañía o parte se posicionará sobre otra. Es en este esquema, en donde se manifiesta el control. Cuando una compañía no se

⁵ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, "Definition of transaction for the purpose of merger control review.", mayo de 2013, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>, consultado el 15 de enero de 2014, p. 3.

posiciona sobre otra, más que control, lo que se presenta es cooperación y por ende no habría concentración.

Adicionalmente, el control también se manifiesta en el sentido de la competencia o mercado. En virtud del control ejercido en el mercado, por medio de las concentraciones económicas se le permite a las partes participar en la fijación de precios. De esta manera, las empresas involucradas pueden “fijar precios superiores a los de un mercado competitivo. Ello supone, más precisamente, la capacidad de cobrar precios superiores a los costos marginales de largo plazo, lo cual significa precios con los que es posible obtener una utilidad neta superior al costo de oportunidad del capital.”⁶

Así, en razón de la concentración y control del mercado, las empresas cuentan con la posibilidad de fijar los precios al margen del esquema de la competencia perfecta. En consecuencia de lo anterior, tienen la posibilidad de obtener mayores ganancias que los costos incurridos, así como mayores rendimientos que la tasa de interés que podría adquirir su capital si estuviera estático. Todo ello alterando el desarrollo y funcionamiento equilibrado del mercado.

De conformidad con lo indicado por la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) del Ministerio de Economía, Industria y Comercio

⁶BOGO Jorge, “*Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la ley 25.156.*”, *Boletín latinoamericano de competencia*, Argentina, abril de 2002, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>, consultado el 14 enero de 2014, p12.

(MEIC), se entiende que determinada concentración económica ejerce control en el mercado cuando la misma concentración le concede un poder sustancial en el mercado en la que la misma se desenvuelve. Este poder y control se manifiesta por medio de la “capacidad de una empresa (o grupo de empresas) de poder 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”.⁷

El Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia, complementa esta definición, tomando en cuenta factores más allá de la fijación de precios, de manera que analiza la participación en el mercado de forma amplia, como una forma de manifestación del control económico. Así, lo define como la “Posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre un agente económico o sus activos, entendida como el poder de adoptar o de bloquear decisiones que determinen su comportamiento comercial estratégico. Este control puede adquirirse de hecho o de derecho”.⁸

De esta manera, las transacciones serán definidas como concentraciones económicas cuando por medio de ellas se les permita a las partes posicionarse una sobre otra, concentrar sus activos y recursos de manera que puedan influir

⁷OROZCO Hazel, “Poder Sustancial Sobre el Mercado Relevante”, *Boletín de Competencia número 86, Comisión de Promoción de la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, agosto del 2005, p.2.

⁸“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre de 2012, disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=94000&strTipM=TC, consultado el 12 de enero de 2014, p.2.

sustancialmente en la definición de precios del producto, y por ende controlar más el mercado, alterando la fijación de precios a partir de la oferta y la demanda, así como la participación o inserción de sus competidores en el mismo mercado.

Así, independientemente de la forma de manifestación de la operación, tanto en formas típicas como atípicas, si otorgan un control y su finalidad es eliminar la competencia de manera que en temas de mercado las empresas no se mantienen independientes, por lo que dejan de ser competidores entre ellas mismas, se estaría frente a una concentración y no frente a una cooperación.

La legislación costarricense no ha sido extraña a este fenómeno de manifestación de las concentraciones económicas. El artículo 16 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 define las concentraciones económicas como aquella “fusión, adquisición del control **o cualquier otro acto** en virtud del cual se concentren..., con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia...”.⁹(*Negrita no es del original*).

Asimismo, el Reglamento a dicha ley se encarga de completar dicha definición al agregar que para tratarse de concentraciones económicas deben de ser agentes económicos “... que han sido independientes entre sí y que resulten

⁹“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 15 de enero de 2014, p.8.

en: a) La adquisición del control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o b) La formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más competidores. Asimismo, se entenderá también por concentración **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 y que son competidores actuales o potenciales hasta ese momento, o participan en diferentes niveles de la cadena de comercialización de bienes o servicios”.¹⁰ *(Negrita no es del original)*.

De esta forma, es posible determinar que en nuestra legislación las formas de manifestación de concentraciones económicas se rigen por el sistema de números apertus, de manera que si bien no incluye de forma expresa figuras como los Joint Ventures, la definición misma sí contempla la posibilidad de otras formas de manifestación, siempre que presenten el elemento determinante: el control.

1.2 Participantes

De acuerdo con las definiciones de concentraciones económicas indicadas en el apartado anterior, es posible identificar que los partícipes en este fenómeno son agentes económicos. Si bien en la concentración puede participar una

¹⁰“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=94000&strTipM=TC, consultado el 12 de enero de 2014, p13.

persona física, tal y como le define el reglamento, la concentración en sí siempre recae sobre un agente económico.

Con base en lo anterior, es necesario iniciar diferenciado la empresa pura y simple, del agente económico. Si bien los agentes económicos constituyen empresas, no toda empresa será un agente económico.

Para efectos de concentraciones económicas, la empresa tendría que entenderse como aquella “organización de los factores productivos y utilización del trabajo ajeno para la realización del mayor lucro posible;... un organismo que tiene por finalidad la producción de bienes o servicios **destinados al mercado** y que goza de autonomía financiera y de gestión;... destinada a la producción de bienes para su inserción en el mercado”.¹¹*(Negrita no es del original)*.

Así, para la presente investigación se debe considerar empresa cualquier forma de organización de recursos y capital. Por ello, la misma definición indica que la concentración puede darse entre sociedades, asociaciones, acciones, capital social, fideicomisos o los activos en general y no necesariamente solo entre sociedades en sentido estricto. Sin embargo, para que la empresa forme parte de una concentración económica debe de tratarse de una compañía que participa y afecta el mercado, convirtiéndose así en un agente económico.

¹¹MOLINA Carlos, “El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino.”, Argentina, junio de 2010, disponible en http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/25/, consultado el 10 de enero del 2014, p. 8.

De acuerdo con la Ley de Promoción de la Competencia Costarricense, estamos ante un agente económico cuando la empresa se desarrolla en el mercado de manera que es "...toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, **partícipe de cualquier forma de actividad económica...**".¹²(Negrita no es del original).

De conformidad con la definición anterior, las empresas se convierten en agentes económicos, en el momento que participan en el mercado, en cualquiera de sus escalas. A partir de ese momento, adquieren relevancia a nivel del derecho de la competencia y pueden convertirse en partícipes concentraciones económicas.

Así, la fusión o adquisición de sociedades inactivas, o constituidas solamente para la tenencia de bienes, no es una concentración económica, ya que si bien se trata de empresas, dichas empresas no constituyen agentes económicos al existir una ausencia de participación en el mercado y, consecuentemente, la ausencia de concentración económica.

1.3 Tipos de Concentraciones Económicas

Las concentraciones económicas pueden clasificarse, según la función que realizan los agentes económicos en el mercado. Es decir, si ejecutan la misma

¹²*Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.*, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 15 de enero de 2014, p.8.

actividad o actividades distintas. De acuerdo con esta clasificación, las concentraciones económicas pueden ser:

1.3.1 Vertical

De conformidad con Rojas, las concentraciones verticales son aquellas en las que se da "... la concentración de agentes económicos de la misma industria, pero que operan en diferentes etapas del proceso de producción".¹³

En este tipo de concentraciones, el vendedor del producto se concentra, por ejemplo, con su proveedor o su distribuidor. De manera que se trata de compañías que si bien trabajan en el mismo mercado, se desempeñan en distintos niveles y, por ende, no se encuentran posicionadas al mismo nivel, o de forma horizontal.

A nivel costarricense, COPROCOM ha entendido que se presenta una concentración vertical cuando "...los agentes económicos que intervienen forman parte de las diferentes etapas del proceso productivo desde la fabricación de la materia prima, elaboración, comercialización o distribución. En estos casos comúnmente se da que la empresa absorbida o controlada sea cliente o proveedora de la otra".¹⁴

¹³ROJAS Guillermo, "Las Concentraciones Económicas.", *Curso Básico sobre Competencia: Módulo II: Fusiones, Adquisiciones y Alianzas Estratégicas*, San José, Costa Rica, febrero de 2007, p. 20.

¹⁴UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, "Concentraciones o Fusiones", *Boletín de Competencia número 8, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, Febrero de 1999, p.1.

A manera de ejemplificar las concentraciones verticales se presentan dos casos, ascendente y descendente. Hablamos de ascendente cuando el agente que se encuentra en tercer lugar en la cadena de abastecimiento, se concentra con el agente que encuentra en el segundo lugar de esta cadena, por ejemplo, el vendedor de zapatos, que se concentra con la compañía encargada de su manufactura. Por otra parte, estamos en presencia de una concentración vertical descendente cuando el agente que está en la segunda posición se concentra con el agente que ocupa la primera posición de la cadena de abastecimiento, que es el caso de la compañía encargada de la manufactura de zapatos, que se concentra con su proveedor de materia prima.¹⁵

Como base en lo anterior, y en razón de que los agentes económicos participantes no son competidores, es posible considerar que en las concentraciones económicas verticales no existen, o existe en menor escala, el riesgo de provocar efectos monopolísticos y adversos en el mercado.¹⁶

Sin embargo, antes de llegar a tal conclusión vale considerar lo señalado por Molina Sandoval, según el cual en este tipo de concentraciones se "...procura la concentración entre los agentes hasta el abarcamiento de puntos productivos claves, sobre todo en determinadas materias primas cuyos costos de adquisición

¹⁵GLEN Arnold, *"The handbook of corporate finance. A business companion to financial markets, business and techniques."*, Reino Unido, (2o. ed.), Pearson Education, 2010, p.256.

¹⁶UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, *"Concentraciones o Fusiones"*, Boletín de Competencia número 8, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, febrero de 1999, p.1.

pueden alterar notablemente la ecuación económica del productor.”¹⁷ De manera que no es posible descartar tan fácilmente un potencial efecto anti-monopolístico.

Como ejemplo de lo anterior, considérese la siguiente situación: En el mercado del arroz existen tres productores, siendo el más importante de ellos el agente económico X. Por otro lado, el agente económico Y se encarga de la distribución del producto. Y adquiere a X, sin embargo de cara al mercado se mantienen como agentes económicos independientes. En el momento que Y adquiere a X adquiere también el control de la producción del arroz y, por lo tanto, del mercado. De esta forma Y podría establecer barreras de entrada o alza de precios para sus competidores en el sector de la producción o reducción de costos para el mismo agente adquirente, lo que le permitiría vender el producto a un menor costo que sus competidores; todo ello afectando el mercado. De esta manera, si bien Y no pertenece al mercado de la producción, por medio de la concentración lo controla indirectamente.

Con base en lo anterior, debe considerarse que las concentraciones verticales también son objeto de regulación, ya que si bien no presentan un riesgo de control e impacto en el mercado de forma directa, si lo presentan de forma indirecta o, tal vez, de forma más sutil.

¹⁷MOLINA Carlos, “*El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino.*”, Argentina, junio de 2010, disponible en http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/25/, consultado el 10 de enero del 2014, p. 4.

1.3.2 Horizontal

De conformidad con Molina Sandoval, las concentraciones horizontales son aquellas en las que se da "...la concentración de varias unidades empresarias que desarrollan o pueden desarrollar una actividad similar en un mercado de producto (aun cuando el ámbito geográfico no permita la identificación de ambas empresas en un mismo mercado relevante)".¹⁸

A nivel costarricense, COPROCOM ha entendido que se presenta una concentración horizontal cuando "...los agentes económicos a concentrarse están situados en el mismo nivel de producción o comercialización. Se trata de la adquisición de un competidor que se une para competir más intensamente en el mercado en que participan...".¹⁹

El caso típico de las concentraciones horizontales se manifiestan cuando una empresa se concentra con su competidor, entendido como aquel que produce o vende un producto igual al suyo dentro del mismo mercado. Se trata de concentración horizontal, ya que ambos agentes trabajan en el mismo nivel del mercado y, por lo tanto, su concentración conlleva a la eliminación de la competencia.

¹⁸*Ibid.*, p. 4.

¹⁹UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, "Concentraciones o Fusiones", *Boletín de Competencia número 8, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, febrero de 1999, p.1.

1.3.3 Conglomerado

De conformidad con Molina Sandoval, este tipo de concentraciones se da de forma residual, cuando determinados agentes no pueden concentrarse de forma vertical u horizontal. De manera que las define como "...la concentración de núcleos económicos que abarquen actividades distintas y que no tengan relación económica que afecte (positiva o negativamente) la actividad".²⁰

De acuerdo con la OECD las concentraciones son por conglomerado cuando los productos son complementarios. Ello significa que no forman parte del mismo mercado, no son competidores actuales ni potenciales, pero son productos que el consumidor necesita de forma conjunta, como es el caso de compañías que se dedican a la producción de software y hardware para computadoras. El producto es diferente, el mercado es diferente, pero un consumidor necesitaría de ambos.²¹

A nivel costarricense, COPROCOM ha entendido que se presenta una concentración conglomerada cuando "...las empresas que pretenden unirse participan en diversos mercados relacionados entre sí, con la finalidad de diversificar el mercado y ampliar su ámbito de acción".²²

²⁰MOLINA Carlos, "El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino.", Argentina, junio de 2010, disponible en http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/25/, consultado el 10 de enero de 2014, p. 4.

²¹ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, "Portfolio Effects in Conglomerate Mergers.", octubre de 2001, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/1818237.pdf>, consultado el 15 de enero de 2014, pp.21-23.

²²UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, "Concentraciones o Fusiones", Boletín de Competencia número 8, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, Febrero de 1999, p.1.

Así, en este tipo de concentraciones no se trata de competidores, ni de partes que integran una producción, sino que, al contrario, los agentes desempeñan actividades distintas, incluso pueden ser distintos mercados. Sin embargo, su elemento clave es que en determinado momento, los productos o mercados se intersecan y, por eso, es rentable la concentración.

Tomando en cuenta el ejemplo anterior, y al igual que en el caso de las concentraciones verticales, en las concentraciones por conglomerados vale preguntarse el porqué de su regulación. Cuando no se trata del mismo producto ni del mismo mercado podría pensarse que se mitiga el riesgo de monopolio, sin embargo esto no necesariamente es así.

Tal y como lo ha indicado la OECD, cuando se trata de concentraciones por conglomerado, los productos o mercados pueden tener puntos de contacto complementarios como canales de distribución o publicidad. Y estos puntos de contacto pueden llevar a que a partir de la concentración puedan disminuirse los precios, costos o brindar ventajas a las partes concentradas.²³

De esta manera, las concentraciones por conglomerado no son inmunes a presentar efectos anticompetitivos. Asimismo, lo han indicado Elhauge y Geradinal

²³ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, "*Portfolio Effects in Conglomerate Mergers.*", octubre de 2001, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/1818237.pdf>, consultado el 15 de enero de 2014, p.8.

analizar que la concentración por conglomerado, una de las compañías podría ingresar al mercado de la otra, eliminando potencial competencia horizontal.²⁴

En el ejemplo del software y hardware de computadores, si dichos agentes se concentraran, de forma indirecta pueden llegar a controlar o ejercer un poder importante sobre el mercado, ya que sin software y hardware no existirían computadoras. De manera que de forma indirecta, y sin participar del mismo mercado, lo llegan a afectar.

1.4 Aspectos económicos en el análisis de Concentraciones Económicas

La compatibilidad o no de las operaciones de concentración con el mercado se determina a partir del análisis de una serie de elementos de tipo económico, que de forma conjunta son indicativos de si la operación surtirá efectos anticompetitivos, o si la misma es compatible con el mercado a nivel de competencia. A continuación se realizará un análisis de dichos elementos.

1.4.1 Mercado Relevante

El concepto de mercado relevante se utiliza para determinar cuáles son los competidores de las empresas que se concentran y, de esta forma, identificar posibles factores de la concentración que impacten en la competencia. Para estos efectos, la Comisión ha definido al mercado relevante como “...*el conjunto de*

²⁴ELHAUGE Einer y GERADIN Damien, “*Global Antitrust Law and Economics.*”, Estados Unidos, Foundation Press, 1 ed., 2007, p. 871.

productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles en un momento dado, en razón de sus características, precio, o su uso esperado”.²⁵

Es decir, para determinar el mercado relevante se analizan dos aspectos el producto y el aspecto geográfico. En cuanto al producto se investiga las posibilidades de sustitución del lado de la demanda. Por ejemplo, existen materiales que puedan sustituir los materiales concentrados. También se analiza de forma geográfica, si los consumidores o competidores tienen la posibilidad de trasladarse de una zona a otra, tomando en cuenta costos de transporte (competidores) y traslado (consumidores).²⁶

Una vez que han sido considerados estos criterios, se define el mercado relevante mediante el test del monopolista hipotético (SSNIP). Este ha sido definido por la Comisión de la siguiente forma: “El test responde a una pregunta: Si existiera un pequeño, pero significativo incremento en el precio de un producto; *¿a qué otros productos cambiarían los clientes?* Si la respuesta es a ninguno, el resultado sería que la mayoría de los consumidores pagarían un precio más alto por el bien, entonces el mercado estaría correctamente definido, y no existirían sustitutos. Si por el contrario, existen otros productos que un gran número de

²⁵“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre de 2012, disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=94000&strTipM=TC, consultado el 12 de enero del 2014, p.3.

²⁶Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Comisión para Promover la Competencia, “Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas.”, San José, Costa Rica, 28 de mayo de 2014.

clientes comprarían, entonces esos bienes estarían incluidos en el mercado relevante al constituir sustitutos.”²⁷

Es partir de dichos sustitutos respecto a productos y zona geográfica, se determina el mercado relevante.

1.4.2 El índice de Herfindahl - Hirschmann (HHI)

Una vez determinado el mercado relevante, es necesario evaluar la manera en la cual las empresas han concentrado el mercado, es decir, qué posición o cuota tienen en el mismo. El índice HHI permite medir el tamaño que poseen las empresas en el mercado, esto mediante la operación del cálculo de las sumas de las participaciones de las empresas que se concentran elevados al cuadrado.

$$HHI = \sum 100 * \alpha_i^2$$

α : corresponde al porcentaje de participación de la empresa²⁸

i : en el mercado relevante definido.

A manera de ejemplo, para calcular el HHI, piénsese en lo siguiente: En el mercado del atún, una empresa tiene una cuota de participación del 40%, la segunda tiene una cuota de participación del 30%, la tercera tiene una cuota de participación del 20% y la cuarta tiene una cuota de participación del 10%. Al

²⁷ Comisión para Promover la Competencia, *Voto 32-2013*, San José, Costa Rica, a las dieciocho horas treinta y cinco minutos del 10 de diciembre de 2013, § 45 a 48.

²⁸ *Ibid.*, § 260 a 263.

elevar al cuadrado cada una de estas cuotas y sumarlas, el índice de HHI sería 3000.²⁹ Una vez obtenido el valor del indicador puede determinarse que tan concentrado está en el mercado, a partir de los criterios que ha establecido la autoridad de competencia de los Estados Unidos.³⁰

a. Si tiene un HHI de 10000 se considera monopolio, ya que tiene acaparado el 100% del mercado.

b. Si tiene un HHI menor que 1500 puntos, se consideran mercados desconcentrados en el que probablemente no se generen efectos anticompetitivos. No requiere más análisis.

c. Si tiene un HHI entre 1500 y 2500 puntos, se consideran mercados moderadamente concentrados. Si la variación del índice es menor a 100, no se estudia más. Si la variación del mismo es mayor a 100, puede haber efectos anticompetitivos y deben investigarse otros factores.

d. Si tiene un HHI mayor a 2500 puntos, se considera un mercado altamente concentrado. Si la variación del índice es menor a 50, no se estudia más. Si la variación de este es mayor a 50, puede haber efectos anticompetitivos y deben investigarse otros factores.

²⁹ Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Comisión para Promover la Competencia, "*Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas*.", San José, Costa Rica, 28 de mayo de 2014.

³⁰ Departamento de Justicia y Comisión Federal de Estados Unidos, "*Horizontal Merger Guidelines*.", Estados Unidos, 19 de agosto de 2010, disponible en <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>, consultado el 23 de enero de 2014, p. 26.

En el caso de Costa Rica y de países en economías de desarrollo, en donde los mercados son más pequeños, poseen mercados más concentrados, por ello considera la Comisión que el HHI debe adaptarse a cada economía.³¹ Por ejemplo, la autoridad de competencia mexicana considera que una concentración tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia cuando el resultado del análisis del grado de concentración muestra un aumento en HHI menor a 75 puntos y cuando el valor del HHI es menor de 2000 puntos.³²

Entendido esto, se obtiene que los parámetros utilizados por Estados Unidos con respecto a la base de cálculo, un mercado se considera concentrado si el HHI es mayor a 1500, en consecuencia deben estudiar sus efectos, ya que con base en este indicador se refieren a mercados concentrados, ya sea de forma moderada o alta. Caso contrario, cuando el HHI sea menor a 1500 no se requiere un análisis, ya que se considera poco probable que genere efectos anticompetitivos. Por otra parte el parámetro que utiliza México es más elevado, de manera que cuando el HHI sea menor a 2000 puntos se considera que la concentración no genera efectos anticompetitivos.

En razón de lo anterior se evidencia como Costa Rica al aplicar los parámetros estadounidenses deben analizar más casos con mayor detalle, que si aplicara los criterios correspondientes a México, de manera que al no ajustarse

³¹Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

³²Comisión para Promover la Competencia, *Voto-07-2011*, San José, Costa Rica, de las veinte horas de 13 de junio de 2011, § 260 a 275.

dichos estándares a nuestra económica, tiene como consecuencia en un costo extra en procesos, y la inversión de recursos que se encuentran limitados.

A partir de dicho análisis, cabe preguntarse por qué Costa Rica ha utilizado los parámetros estadounidenses para calcular el HHI y no de economías más pequeñas y similares, como, por ejemplo, México, que fue el sistema normativo utilizado para la reforma de la que es objeto esta investigación. La aplicación de los estándares estadounidenses en la economía costarricense resulta dudosa, ya que estos índices son fijados a partir del tipo de cada economía; y en el caso de Costa Rica y Estados Unidos, corresponden a economías muy distintas.

Al respecto, indica la Comisión que la utilización de parámetros estadounidenses responde al hecho de que Estados Unidos es una economía modelo en tema de concentraciones. Además, menciona la Comisión que en la práctica el análisis del HHI no es tan determinante para la decisión final, ya que únicamente se utiliza como un parámetro, complementado con otros elementos de análisis. Por ejemplo, aquellos casos en los que en una operación específica el indicador es elevado y, por lo tanto, altamente concentrado, la operación podría ser aprobada, tratándose de un mercado que no existan barreras de entrada.³³

A partir de lo anterior, es posible determinar que, a pesar de que en Costa Rica se toma como parámetro el HHI, en la práctica la aplicación de este no es

³³Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

rigurosos ni determinante ya que se utilizan otros afectos en el análisis de las concentraciones y puede tomarse como referencia el indicador, pero a partir de las circunstancias de cada caso específico devendrá su aplicación.

1.4.3 Barreras de Entrada

Las barreras de entrada son entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado, proporcionando ventajas competitivas a las empresas ya instaladas. Las barreras de entrada pueden ser de diversa índole legal, económico o tecnológico.³⁴ A partir de ello, pueden clasificarse en:³⁵

a. Naturales: Se originan en las características básicas de la industria, como la tecnología, los costos y la demanda, variables que no son controladas por las firmas líderes en un mercado, y que, por consiguiente, no pueden ser alteradas, dado que corresponden a las mismas estructuras del mercado y limitan o impiden la libre movilidad.

b. Legales: Se manifiestan en los distintos canales de intervención y regulación del Estado en la economía, tales como patentes, permisos, autorizaciones, concesiones, reglamentaciones fiscales, disposiciones arancelarias, otros.

³⁴ Comisión para Promover la Competencia, *Voto 22-2013*, de las dieciocho horas y cuarenta y tres minutos del 13 de agosto de 2013, §174 a 190.

³⁵ *Ibid.*, §174 a 190.

c. Estratégicas: Son aquellas voluntarias e intencionalmente exigidas por el propio comportamiento de las empresas para reducir o impedir que se produzca la entrada de un competidor.

En Costa Rica, la Comisión ha dado importancia al tema de las barreras de entrada, ya que a partir de ellas es posible determinar el poder de mercado de un agente. Por ejemplo, el análisis de los casos va a variar si se trata de un mercado sin barreras a un mercado con barreras muy altas, aquellos que involucran altos aranceles, maquinaria, personal; versus aquellos mercados en los que para ingresar lo que se requiere es permisos o establecimiento.³⁶

1.4.4 Costos Hundidos

Estos son entendidos como las inversiones necesarias para establecer una presencia efectiva en el mercado. Incluyen los costos iniciales de establecimiento, los costos asociados a la inversión en activos específicos, investigación y publicidad.³⁷ Estos costos serán más relevantes para desincentivar la entrada o la expansión si en una proporción significativa son costos irre recuperables en la salida, es decir, son costos hundidos. El costo de salida en sí mismo puede ser una barrera importante a la entrada.

³⁶Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

³⁷COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMERCIO, "Guía para el análisis de concentraciones económicas.", San José, mayo de 2014, disponible en http://www.coprocom.go.cr/servicios_tramites/requisitos/guia_analisis_concevf.pdf, consultado el 1 de junio de 2014, p.41.

Algunos costos hundidos que se utilizan para entrar al mercado son:

1. Inversiones de producción.
2. Tecnología.
3. Marketing.
4. Permisos.
5. Testeo de productos.

Específicamente, para Costa Rica, la Comisión ha indicado que no se tiene un análisis específico al respecto de los costos hundidos, únicamente entienden los mismos como la inversión en la que deben incurrir los agentes para el ingreso en el mercado, y por ello a mayor costo hundido mayor será la barrera de entrada, pero no se determina un procedimiento específico para analizar los mismas.³⁸

1.4.5 Eficiencias

La influencia que se genera al respecto de los mercados competitivos es la búsqueda del desarrollo de mercados más eficientes, en razón de esto, algunas empresas mediante las concentraciones, tienen la posibilidad de generar eficiencias significativas, que en caso contrario no se llevarían a cabo. Con base en lo anterior, debe entenderse por eficiencias aquel beneficio que se genera en el proceso productivo, en razón de la aplicación de una concentración económica que permite aumentar la capacidad y competencia y en algunos casos deviene en

³⁸ *Ibid.*

una baja en los precios, mayor calidad, mejores servicios o inclusive en el desarrollo de nuevos productos o servicios.

De esta manera, dentro del análisis de las concentraciones se deben analizar las eficiencias que deriven de ella y sirvan para contrarrestar cualquier efecto anticompetitivo del mercado, de forma que sean más sus implicaciones positivas que negativas, y conlleven a que la Autoridad de Competencia apruebe la operación, a pesar de sus efectos negativos.

En el caso de Costa Rica, al respecto del tema se hace referencia en el Reglamento N°37899 del MEIC, donde se establecen los criterios por considerar en temas de eficiencias. Ellos son los siguientes:³⁹

1. Las eficiencias deben ser atribuidas a la concentración;
2. Alcanzables de forma menos restrictiva para la competencia;
3. Deben ser verificables;
4. Contrarrestar el daño previsible que la concentración pueda generar en la competencia;

Para realizar este análisis, se requiere que los solicitantes prueben las eficiencias basados en estudios fundamentados de valor técnico, y no en meras especulaciones o circunstancias aisladas que no puedan verificarse. Tomando en

³⁹“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre de 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo de 2014, p.20.

cuenta lo anterior, es posible determinar que resulta difícil lograr probar las eficiencias, ya que los estándares para ello son muy altos y rigurosos.

1.4.6 Condiciones

Una vez analizadas las eficiencias e identificados posibles efectos anticompetitivos que no pueden ser contrarrestados por las eficiencias, la Autoridad de Competencia puede imponer condiciones al establecimiento de la concentración con el fin de permitir la implementación de la misma. Por medio de las condiciones las autoridades buscan asegurar la ejecución de la concentración bajo lineamientos que mitiguen los efectos negativos que puedan generarse.

En el caso de Costa Rica, la Ley de Promoción de la Competencia, en su artículo 16, establece la posibilidad del establecimiento de condiciones que permitan aprobar concentraciones de forma que eviten efectos adversos en el mercado.⁴⁰ Asimismo, COPROCOM refiere al respecto de las condiciones que “...tienen por objeto restaurar o mantener el grado de competencia en el mercado que puede verse alterado por una operación de concentración económica”.⁴¹

⁴⁰“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre de 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 18 de junio de 2014, p.8.

⁴¹Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Comisión para Promover la Competencia: “Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas.”, San José, Costa Rica, 28 de mayo del 2014.

Existe una clasificación de las condiciones según lo menciona la Comisión, que pueden ser empleadas al mismo tiempo al no ser excluyentes entre sí:⁴²

1. Estructurales: son las que modifican en forma directa la asignación de derechos de propiedad. Entre ellas se encuentran la desinversión o venta de la totalidad de un negocio en marcha, o la desinversión parcial de activos y actividades de las partes a favor de terceros competidores o de un nuevo participante. El alcance de esta desinversión debe ser suficiente para hacer frente a los efectos anticompetitivos.

2. Conductuales o de comportamiento: son remedios diseñados para modificar o limitar el comportamiento de las partes en el mercado, implementados mediante compromisos asumidos por ellas. Son medidas tendentes a facilitar la rivalidad horizontal garantizando que los competidores tengan acceso a activos necesarios la venta de un producto a otro, así como controlar los efectos anticompetitivos mediante el establecimiento de tecnologías de propiedad, compromisos a reducir las barreras de entrada, establecimiento de reglas de gobiernos corporativo, compromisos de no atar, y no competir en determinados sectores del mercado.

⁴²Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Comisión para Promover la Competencia: *“Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas.”*, San José, Costa Rica, 28 de mayo del 2014.

De lo anterior, debe tomarse en cuenta de que se trata de condiciones directas a la corrección de los efectos anticompetitivos, por lo que quedan fuera del establecimiento de condiciones establecidas por la Comisión aquellos casos en que pretendan regular mercados, y corregir situaciones establecidas de previo a la concentración, de forma que busquen obligar a las partes a mejorar las condiciones de competencia del mercado. Lo anterior solo sería aplicable en el caso en que los agentes planteen la propuesta.⁴³

Es importante aclarar que para que las Agencias de Competencia puedan determinar si la concentración surtirá o no efectos anticompetitivos, deben de analizar TODOS los elementos económicos indicados anteriormente, de forma conjunta. De manera que, por ejemplo, una operación con un alto HHI no siempre conllevará a rechazar la operación, si se ubica en un mercado con poca o ninguna barrera de entrada, o un mercado integrado por poderosos agentes económicos, o cuyos efectos pueden ser contrarrestados por condiciones o eficiencias. Este análisis es requerido para tener un panorama claro de la totalidad de la operación.

Al respecto, la Comisión ha indicado que no están obligados a analizar punto por punto de los elementos de análisis económicos, ya que hay casos donde el análisis es muy evidente. Por ejemplo, casos donde la empresa adquirida tiene un 2% del mercado, a pesar de la adquisición el mercado no se mueve, el

⁴³Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, para Promover la Competencia: "*Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas.*", San José, Costa Rica, 28 de mayo de 2014.

análisis es menos profundo que en casos donde el mercado no se conoce. El análisis va a depender de la complejidad de la operación y el mercado en el que se da.⁴⁴

Adicionalmente, para realizar dicho análisis, las Agencias de Competencia requieren que tener a mano una serie de información que les permita analizar y conocer el comportamiento del mercado involucrado. Lo anterior plantea la interrogante de cómo analizar las operaciones cuando se trata de mercados donde no está disponible toda la información requerida para tener claridad sobre el mercado y su comportamiento y, por lo tanto, poder determinar de forma más certeza las implicaciones que podría tener la operación.

En Costa Rica, ante tal situación la Comisión ha indicado que es necesario disponer de la mayor información posible para tomar las decisiones de aprobar o rechazar la concentración. De esta forma, sin la información necesaria la Comisión no puede hacer las valoraciones respectivas y los perjudicados son los agentes. Para evitar tal perjuicio, la Comisión se ha apoyado en los agentes, ya que, en muchas ocasiones, conocen el mercado mejor que la misma Comisión. Para ello, adicionalmente la Comisión se apoya en terceros como competidores, para verificar si la información aportada por los agentes respecto a los mercados es real. En virtud de que en este tipo de operaciones los más interesados en que la

⁴⁴Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

Comisión disponga de la información suficiente son los agentes, ya que a falta de información la Comisión podría rechazar o condicionar la operación. Ante ello, hay un interés de los agentes de que la Comisión disponga de toda la información. En caso de que los agentes no la proveen, la Comisión también acude a clientes o competidores, para comprender el mercado.

Lo anterior, presenta el inconveniente de un conflicto de interés, ya que en aras de que se apruebe la operación, los agentes económicos presentarán aquello que sea más favorable a sus intereses, siendo en el fondo juez y parte en el proceso de control. Al proveerle a la Comisión la información a partir de la cual se tomará la decisión, el análisis parte de la visión de mercado de un interesado, perdiendo en cierta forma el carácter objetivo. Por ello, lo recomendable sería que las Agencias de Competencia cuenten con sistemas de consultoría, para comprender de forma más objetiva el mercado.

1.5 Concentraciones Económicas como un nuevo régimen competitivo

El desarrollo de la economía a nivel mundial ha llevado a la apertura de los mercados, eliminación de barreras y reformas fiscales que incentivan el comercio y la inversión. Así "...en los últimos años se han adoptado en todo el mundo reformas económicas motivadas por el creciente reconocimiento del mercado y del sector privado... En los países desarrollados, se han liberalizado o reformado

disposiciones que afectan los precios, la entrada o salida de mercado... En los países en desarrollo... se han introducido reformas orientadas a privilegiar el mercado”.⁴⁵

Este panorama, inevitablemente, ha conllevado al desarrollo de la competencia y, por lo tanto, la inserción de nuevos agentes económicos en mercados internacionales, y Latinoamérica no ha sido extraña al proceso. Sin embargo, en muchas ocasiones, los nuevos agentes económicos cuentan con ventajas (organización corporativa, inyección de capital, menores costos de producción...entre otros), así como incentivos fiscales, que le dificultan a los agentes económicos preexistentes en el mercado competir en igualdad de condiciones.

Este es el caso de pequeños supermercados locales que se enfrentan a grandes transnacionales como Walmart. La estructura fiscal, corporativa, los incentivos y el capital que tiene Walmart, le permite ofrecer fabricar y distribuir a menores costos, por lo tanto, vender a menores precios. Estos menores precios no pueden ser igualados por el pequeño distribuidor, ya que su estructura y recursos le hacen incurrir en mayores costos de producción y distribución.

Es a partir del panorama descrito en el párrafo anterior, que se desarrollan nuevas figuras económicas que permiten a las empresas generar alianzas que

⁴⁵DIEZ CANSECO José Luis, *“Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica.”*, Sección de Política de la Competencia y del Comercio, División de Comercio Internacional, UNCTAD, 1997, pp.58-59.

mejoren, fortalezcan o incluso rescaten de la quiebra a las empresas en el marco de un mundo globalizado. De manera que ante el surgimiento de nuevos competidores, los agentes económicos ya existentes recurren a mecanismos para poder mantenerse y competir de forma eficiente en el mercado.

Una de estas figuras son las concentraciones económicas, que se presentan como un mecanismo para competir de forma más amplia y eficiente, ya que tal y como lo indica Molina "...la concentración... procura de una cierta optimización en la dinámica administrativa y de los negocios. Básicamente, se procura una comunicación de recursos económicos y otros factores (humanos, organizativos, etc.) con una misma finalidad y en procura de un mejor rendimiento de las potencialidades de capital..."⁴⁶

Lo anterior puede ocurrir a nivel horizontal. Piénsese en el caso de pequeños productores del mismo o diferente producto. De forma individual, tienen poca producción, poco alcance al mercado y un estrecho margen de recuperación por los altos costos. Ello no les permite innovar o disminuir sus precios, además, tienen pocas posibilidades de enfrentarse al mediano o gran productor, lo que, eventualmente, podría llevarlos a la salida del mercado.

Sin embargo, en virtud de la concentración, esos pequeños productores unen su capital y activos, lo que les permite producir en mayor cantidad, alcanzar

⁴⁶MOLINA Carlos, "El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino.", Argentina, junio de 2010, disponible en http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/25/, consultado el 10 de enero de 2014, p. 3.

un mayor mercado, abaratar sus costos, disminuir sus gastos y, por lo tanto, convertirse en un agente económico más eficiente. De forma paralela, el consumidor se encuentra con productos en mayor cantidad, más variedad, menores costos y posiblemente mejor calidad.

En el sentido vertical, por medio de las concentraciones se les permite a las compañías expandirse, reducir sus costos y aumentar sus ganancias al participar en un mercado ajeno al suyo, sin incurrir en los riesgos de nueva incorporación. Lo que lleva a que el consumidor se encuentre con un mercado innovador, con más variedad de productos.

Considérese el caso de agentes económicos dominantes en el sector de producción y distribución de girasoles. El productor tiene los recursos y contactos para la producción de la flor al menor costo y maximizando ganancias. Asimismo, el distribuidor los tiene para colocar el producto. Si el productor quisiera participar en el mercado de la distribución (o viceversa) tendría que iniciar por conocer e invertir en el mercado, dando un plazo de recuperación de la inversión, por lo tanto, incurriendo en un gasto y un riesgo.

En el caso de la concentración, este plazo de recuperación desaparece, ya que se concentra con un agente que no solo está establecido en el mercado sino que tiene una posición dominante. De esta manera que juntos aumentan su cobertura y participación en el mercado, sin incurrir en riesgos y gastos adicionales, además de aumentar sus ganancias. Nuevamente, compitiendo de

forma más eficiente en el mercado y aumentando las posibilidades del consumidor de adquirir el producto a un menor costo.

Tomando en cuenta los escenarios descritos y los cambios en la dinámica del mercado, es que las concentraciones económicas se han convertido en el nuevo régimen competitivo empleado por los agentes económicos. Sin embargo, como todo régimen, este ha traído implicaciones tanto positivas como negativas para el mercado.

1.6 Implicaciones positivas y negativas de las Concentraciones Económicas

Las concentraciones económicas producen un impacto inevitable en el mercado, ya que se trata de vínculos entre agentes económicos, proveedores, intermediarios, competidores actuales o futuros y los consumidores. Este impacto puede ser tanto positivo o negativo, inclusive pueden presentarse ambos de forma simultánea.

Como así lo menciona Lilliam Arrieta "...en el análisis de las concentraciones sometidas a su conocimiento, la Superintendencia ha reconocido que las fusiones y adquisiciones tienen el potencial para desplegar efectos adversos en las condiciones de competencia, porque pueden dar lugar el surgimiento de agentes económicos con el poder de afectar unilateralmente la

competencia o, porque al reducir el número de operadores, pueden facilitar la concertación de acuerdos anticompetitivos”.⁴⁷

Como puede determinarse de lo anterior, las concentraciones económicas van a ser analizadas a partir del impacto que tengan en el consumidor, como destinatario final de todo mercado. Por esto, serán los beneficios o perjuicios que las concentraciones le causen al consumidor, los determinantes de su factibilidad.

En relación con las implicaciones negativas, pueden ser entendidas como aquellos efectos que “...pueden significar un peligro potencial para la competencia y por ende para el bienestar de la comunidad. Tal es el caso de las concentraciones que generan o fortalecen la posibilidad de que la empresa resultante ejerza un poder de mercado que implique una influencia significativa sobre cualquier variable, cuantitativa o cualitativa, que sea representativa del grado de competencia existente en dicho mercado, implicando así un perjuicio potencial para los consumidores”.⁴⁸

Tal y como lo ha señalado el Diario Oficial de la Unión Europea, los dos principales efectos negativos que pueden tener las concentraciones son: (i) eliminar la competencia por medio del poder de mercado (efectos no coordinados);

⁴⁷ARRIETA DE CARSANA Lilliam Virginia, “Control de las concentraciones económicas en la ley de Competencia de El Salvador.”, Bogotá, diciembre del 2009, disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/1Arrieta25-76.pdf, consultado el 28 de enero de 2014, pp.32-33.

⁴⁸BOGO Jorge, “Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la ley 25.156.”, *Boletín latinoamericano de competencia*, Argentina, abril 2002, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>, consultado el 14 enero de 2014, p.12.

(ii) Modificar la estructura de la competencia de manera fomente la coordinación entre competidores (efectos coordinados).⁴⁹

En el caso de los efectos no coordinados de las concentraciones, estos se presentan por medio de la posición dominante en el mercado. En este caso, no se trata de un mercado monopolizado, ya que existen dos o más agentes económicos en él. Sin embargo, la concentración económica no solo se elimina la competencia, sino que también el agente controlador tiene el suficiente poder en el mercado para definir los precios de los productos e incluso determinar que agente participa en él imponiendo barreras de entrada, creando así un control de la oferta y el precio de los productos o servicios que brindan, disminuyendo la selección de posibilidades por parte del consumidor y, por ende, causando un deterioro al interés económico general.

De esta manera, se afecta de forma significativa la competencia, ya que la esencia de la misma radica en la "...libertad de elección tanto para el consumidor, a quien no se le debe privar de opciones para que elija libremente, lo mejor que se le adecue a sus necesidades, como para el productor, quien debe tomar también, libremente sus decisiones empresariales en función de lo que considere más apropiado a sus intereses".⁵⁰

⁴⁹DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, "Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.", Unión Europea, febrero de 2004, p. 3.

⁵⁰UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, "Porque es necesario que exista competencia", Boletín de Competencia número 2, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, agosto de 1998, p.1.

Asimismo, en el caso de efectos coordinados, partiendo del ejemplo anterior, para los agentes “sobrevivientes” en dicho mercado, de acuerdo con la nueva dinámica del mercado podría resultar más rentable participar de acuerdo con las reglas del agente controlador, lo que se prestaría para que de forma conjunta coordinaran una alza en los precios o obstaculizarán la participación de otro agente.

Todo lo anterior afecta de forma negativa a la competencia, ya que se disminuyen los participantes, la oferta, el consumidor tiene menos posibilidades de escoger o cambiar a su proveedor, además de que los precios y la propia actividad del mercado es fijada arbitrariamente. Y, finalmente, en el caso más extremo, el poder de mercado desencadena un monopolio.

Es importante aclarar que hay casos donde el monopolio no es considerado una implicación negativa de la concentración económica, este es el caso del “failing firm”. Piénsese en el caso de un mercado donde, por las condiciones del propio mercado, solamente existen dos oferentes. Uno de estos oferentes está en una situación económica crítica que de continuar lo llevaría a la quiebra. Por lo tanto, su competidor decide adquirirlo y concentrar el mercado. Inevitablemente se dará un monopolio, pero en este caso, es más favorable el monopolio a la quiebra y salida del mercado de un agente, que de la misma forma, llevaría al monopolio.

Los efectos descritos puedan manifestarse tanto a nivel horizontal como vertical. A nivel horizontal, piénsese en concentraciones entre dos competidores que sean los mayores participantes de determinado mercado, así como el caso de un competidor dominante que de forma progresiva va adquiriendo a sus pequeños competidores. Inevitablemente, el mercado terminaría estando dominado por un agente y este agente tendría la posibilidad de decidir de forma unilateral cómo va a comportarse dicho mercado, por lo que sus determinaciones influirán de manera parcializada y de acuerdo con sus intereses particulares, el comportamiento de los mercados.

En sentido vertical, las concentraciones económicas pueden llevar a que al agente económico controlar varios eslabones de la cadena de producción, esto puede conllevar al “cierre” del mercado o la obstaculización para otros competidores.⁵¹ Por ejemplo, si se tiene el caso de un productor de zapatos, que se concentra con el distribuidor del cuero (materia prima). Por medio de la concentración, el productor puede controlar a quien se le distribuye la materia prima y, por lo tanto, controla de forma indirecta a sus competidores, les fija los precios y les restringe su participación en el mercado.

En relación con las implicaciones positivas, estas han sido definidas por la doctrina y legislación como eficiencias, ya que “...pueden producir efectos

⁵¹JONES Alison y SUFRIN Brenda, “*EU Competition Law.*”, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 4 ed., octubre de 2010, p. 858.

beneficiosos para la sociedad..., generando así ganancias de eficiencia que se transmiten a los consumidores cuando existe un contexto competitivo”.⁵²

Por esto, las eficiencias son aquellos efectos que lejos de ser anticompetitivos, generan efectos positivos en pro de la competencia, por lo que contribuyen a la mejora de los sistemas productivos, la comercialización de los productos y servicios y la comercialización entre empresas. Lo que se traduce en una mayor oferta y menores precios conllevando a un beneficio directo en los consumidores.

Es importante aclarar que las eficiencias no implican que una concentración económica no presente, a la vez, implicaciones negativas, pero, muchas veces, significa que las primeras atenúan a las segundas y, por lo tanto, la concentración económica es beneficiosa para el mercado. De esta manera, se han utilizado como mecanismos de defensa frente a las implicaciones negativas de las concentraciones económicas.

Así, lo ha explicado Mónica Llerena, quien considera que al analizar una concentración “Se considera si la operación genera eficiencias en el mercado, a pesar de sus potenciales efectos nocivos para la competencia. Por ello... se analiza si se pueden generar economías de escala, mejor integración de las instalaciones productivas, especialización de las plantas, menores costos de

⁵²BOGO Jorge, “Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la ley 25.156.”, *Boletín latinoamericano de competencia*, Argentina, abril de 2002, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>, consultado el 14 enero de 2014, p. 18.

transporte, y eficiencias similares relacionadas con las operaciones de producción, servicio o distribución de las firmas concentradas u otros beneficios que, en general, son beneficiosos para la sociedad. Esto último es importante, ya que se busca que las eficiencias generadas sean trasladables hacia los consumidores y no que se limiten a ser meras ventajas para las partes involucradas en la operación”.⁵³

Una de las principales implicaciones positivas de las concentraciones económicas es el desarrollo de las economías a escala. Estas son entendidas como la búsqueda de la disminución en los costos mediante un aumento en la producción, con el objeto de la disminución en los precios del mercado.

Cuando se está en presencia de un mercado competitivo, una empresa analiza la posibilidad de crecer en cuanto a su sistema productivo, reducción de los costos de operación y una mejora en la administración interna de la empresa. Las concentraciones presentan esta posibilidad, ya que pueden mejorar sus procesos, reducir los costos y unificar la administración interna de sus operaciones. Esto da a lugar un incremento de los volúmenes de producción manteniendo o incrementando el beneficio de los actores de la cadena de producción desde los proveedores hasta los clientes.

⁵³LLERENA Mónica, "Concentraciones Económicas: Nestlé de Venezuela- Chocolates el Rey.", noviembre de 2009, disponible en <http://v-economia.blogspot.com/2009/11/concentraciones-economicas-nestle-de.html>, consultado el 31 de enero de 2014, p.1.

Otra de las eficiencias de las concentraciones es que permiten la entrada a nuevos mercados⁵⁴. Normalmente el ingreso a nuevos mercados requiere de conocimiento y capital de inversión, pero por medio de la concentración se le permite al agente ingresar al mercado a través de otro agente que ya se encuentra colocado y establecido. De manera que no requeriría del conocimiento ni asumiría el riesgo de fracaso que enfrenta cualquier agente que se introduce en un mercado que le es ajeno.

Asimismo, Jones y Sufrin han señalado como otra de las eficiencias de las concentraciones económicas, la integración del mercado.⁵⁵ Por medio de estos procedimientos, es posible internacionalizar la producción, distribución o venta de productos cuando se trata de agentes económicos de tipo internacional, y así, poco a poco, integrar los mercados de acuerdo con la estructura del mundo globalizado.

Es importante aclarar que estas eficiencias no deben ser simplemente alegatos, sino que deben de ser demostrables. Tal y como lo indica Bogo, "...una argumentación suficiente de la existencia de eficiencias debe establecer que las eficiencias alegadas van a resultar en una real economía de recursos, que son específicas de la fusión, que van a ser capturadas dentro del mercado relevante

⁵⁴GLEN Arnold, *"The handbook of corporate finance. A business companion to financial markets, business and techniques."*, Reino Unido, 2 ed., Pearson Education, 2010, p.256.

⁵⁵JONES Alison y SUFRIN Brenda, *"EU Competition Law."* Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 4 ed., octubre de 2010. p. 856.

del producto y que son lo suficientemente importantes como para sobrecompensar cualquier aumento a largo plazo de los precios”.⁵⁶

Así, las eficiencias deben de cumplir con dos requisitos para ser consideradas como tales: (i) demostrables; (ii) suficientes para contrarrestar el monopolio o el aumento de poder de mercado. De lo contrario, no podrían ser utilizadas como un argumento pro concentración, ya que debe recordarse que su principal objetivo es justificar la concentración.

El tipo de implicaciones positivas y negativas descritas anteriormente pueden presentarse en cualquier concentración económica independientemente del tipo del que se trata. Sin embargo es importante aclarar que es en el caso de las fusiones horizontales donde se presentan en mayor grado, ya que se trata de competidores actuales o potenciales que se concentran, por lo que se trata de un proceso más “directo” o, tal vez, agresivo y, por lo tanto, son el tipo de concentraciones que tienen más impacto. Ello no significa que no se presentan en las concentraciones verticales o por conglomerado, solamente que en menor medida.

Por estas implicaciones positivas y negativas, el Estado debe intervenir para controlar aquellas concentraciones que impliquen un impacto negativo en el

⁵⁶BOGO Jorge, “*Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la ley 25.156.*”, *Boletín latinoamericano de competencia*, Argentina, abril del 2002, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>, consultado el 14 enero de 2014, p16.

mercado, en aras de proteger de manera integral los intereses de todos componentes de la cadena productiva y consecuentemente en el interés público.

1.7 Impacto de las Concentraciones Económicas en la Defensa Efectiva del Consumidor y Promoción de la Competencia

En los últimos años, se ha observado que la tendencia de los mercados y las economías mundiales es hacia la privatización y desregulación, dejando que los precios y la producción sea definido por las fuerzas invisibles de la oferta y la demanda. Inclusive, normalmente, se piensa que si se quiere un mercado verdaderamente competitivo, este solo puede serlo si es guiado por la mano invisible y no por el Estado, ya en que el momento en que el Estado interviene se pasa de la liberalización al control.

Sin embargo, lo anterior no es correcto en todos los escenarios. Tal y como lo explica Jones y Sufrin, en una economía de libre mercado, no todos los sectores quedan libres a la “competencia pura”, sino que, en algunos casos, el Estado debe proveer ciertas instituciones públicas.⁵⁷ Este es el caso de las concentraciones económicas, en donde por las implicaciones negativas y positivas de estas no es suficiente la mano invisible, sino que se requiere la intervención del Estado que permita tomar las acciones correspondientes para mitigar de alguna manera los efectos negativos o, por el contrario, potenciar los efectos positivos.

⁵⁷JONES Alison y SUFRIN Brenda, “*EU Competition Law.*”, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 4 ed., octubre de 2010, p. 3.

Tal y como lo ha indicado la OECD, las concentraciones económicas tiene el potencial de afectar de forma fundamental el futuro desarrollo de un determinado sector de la economía, así como de alterar la propia estructura de determinada industria.⁵⁸ Como se explicó, por medio de las concentraciones económicas es posible el surgimiento de monopolios, la eliminación de la competencia, el establecimiento de barreras de entrada al mercado o la fijación unilateral de precios.

A partir de lo anterior, las jurisdicciones respondieron por medio de legislación encargada de controlar las concentraciones económicas, de forma que "...las empresas no puedan influir sobre los precios de mercado, o lo que es igual, que no impongan condiciones en las relaciones de intercambios".⁵⁹ De esta manera, por medio de la regulación busca evitarse los efectos anticompetitivos que las mismas pueden desarrollar.

Lo que es importante tomar en cuenta en el control de concentraciones, es que "...el objeto de estas regulaciones es prevenir la formación de agentes monopólicos o con posición dominante capaces de determinar unilateralmente la producción y precios; desplazar o impedir el acceso de competidores actuales o

⁵⁸ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, "*Cross –Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies.*", febrero de 2011, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50114086.pdf>, consultado el 22 de enero de 2014, p.23.

⁵⁹SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA, DIRECCIÓN DE VERIFICACIONES Y FUSIONES, "*Lineamientos Generales de Evaluación de Operaciones de Concentración Económica.*", 1999, disponible en <http://www.mecon.gov.ar/download/cndc/lineamientos.pdf>, consultado el 18 de enero de 2014, p.7.

potenciales; reducir la competencia o facilitar la comisión de prácticas anticompetitivas”.⁶⁰

En este sentido, tal y como lo indican Jones y Sufrin, el objetivo de su aplicación controlada por medio de las autoridades gubernamentales es identificar y prohibir solamente aquellas concentraciones cuyos impactos negativos sobre la competencia o el mercado sean de tal escala que cualquier eficiencia que derive de ellas sea irrelevante.⁶¹

Por lo tanto, el sistema de evaluación legal y económica para la autorización o prohibición de una operación de concentración, es de suma importancia para el desarrollo de la competencia de mercado, ya que tiene como finalidad preservar las estructuras competitivas de los mercados, a partir de un examen de las concentraciones que superen determinados umbrales económicos.

⁶⁰MEYERMAN, Gerald, “Política de Legislación de la Competencia: Globalización y Cooperación Internacional.”, *Legislación y Política de la Promoción de la Competencia*, Managua, 1997, p. 59.

⁶¹JONES Alison y SUFRIN Brenda, “*EU Competition Law.*”, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, (4ª. ed.), octubre de 2010, p. 855.

Capítulo 2 Control de Concentraciones Económicas en el mundo

2.1 Definición de Control de las Concentraciones Económicas

Una vez abordado el tema de las concentraciones económicas, así como sus implicaciones en el mercado económico y su necesaria regulación, consecuencia del impacto que pueda tener en el mercado, surge la necesidad de analizar el control de las concentraciones económicas.

El control de concentraciones económicas se refiere al proceso de supervisión que ejercen las agencias de competencia sobre las operaciones de concentración, a partir de su potencial afectación al mercado y en consecuencia al consumidor. Así lo ha señalado COPROCOM al indicar que: “La legislación sobre el control de las concentraciones, fusiones o adquisiciones de empresas constituye el marco de referencia de la política de defensa de la competencia de aquellos países, cuya economía se encuentra en el sistema de libre mercado.”⁶²

Adicionalmente, con respecto al control de concentraciones Liliam Arrieta expone que “...constituye una herramienta de protección de la estructura del mercado, que ha sido implantada en las legislaciones de la mayor parte de

⁶²UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, “La Tutela de las Concentraciones en la Legislación Costarricense.”, *Boletín de Competencia número 107*, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, mayo del 2007, pp.12-14.

sistemas similares al salvadoreño, v.gr. Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Honduras, México y Panamá, entre otros”.⁶³

De esa manera, por medio del control de concentraciones se establecen políticas de supervisión, que buscan un equilibrio en el mercado, de forma que la concentración no genere efectos negativos en el mismo, es decir, conductas que generen abusos de posición dominante en el mercado; o que en caso de que se generen, puedan mitigarse o prohibirse en caso de no existir remedio alguno. Asimismo, este tipo de sistemas de control de estructura de mercado, se ve complementado con mecanismos de control ex – post que analizan las condiciones de mercado ya establecidas, determinan si las operaciones están provocando efectos anticompetitivos y de ser así sancionan a los agentes involucrados y aplican medidas de reversión contra los efectos anticompetitivos desplegados. De esta manera, se busca que el mercado se encuentre protegido tanto de forma ex – ante como de forma ex – post.

Es importante recalcar que el objeto del control de concentraciones no es prohibir el desarrollo de la libre competencia, sino limitar aquellas prácticas que sean perjudiciales para el mercado, autorizando solamente aquellas concentraciones que no obstaculicen la competencia efectiva y, por lo tanto, sea compatible con el mercado común. A partir de esto, es que numerosos países,

⁶³ARRIETA DE CARSANA Lilliam Virginia, “Control de las concentraciones económicas en la ley de Competencia de El Salvador.”, Bogotá, diciembre del 2009, disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/1Arrieta25-76.pdf, consultado el 28 de enero de 2014, p.31.

salvaguardan bajo los supuestos de competencia y protección del consumidor, el control de las concentraciones ya que no pueden resistirse al inevitable desarrollo de la globalización, que influyen a las nuevas figuras que de ella puedan surgir con base en las estrategias que se implementan en el mercado. Por ello, en cada país se han incorporado normas que den a las empresas las reglas mínimas de control y supervisión estatal, así como se ha designado a una autoridad competente que resguarde y haga cumplir la legislación.

En este sentido, el control de las concentraciones es un instrumento que establece las directrices de acuerdo con la ideología y estructura de mercado de cada país, tal y como se menciona en el informe sobre la Política de Competencia de Bruselas “El proceso de control tendrá en cuenta diversos aspectos de la competencia, entre ellos la estructura de los mercados afectados, la competencia real y potencial, la posición en el mercado de las partes interesadas, la posibilidad de elección para terceros, las barreras a la entrada, los intereses de los consumidores”.⁶⁴

2.2 Justificación del Control de Concentraciones Económicas

El control a las concentraciones empresariales constituye una de las más importantes expresiones del derecho de la competencia, ya que mediante el control se permite determinar si la operación que realiza una estructura de

⁶⁴COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “*Decimonoveno Informe sobre la Política de Competencia de Bruselas.*”, Bruselas, 1991, p. 29.

mercado pueda plantear un problema para la competencia en razón de la reducción de los participantes en el mercado. A partir de ello, surge la necesidad de contar con un mecanismo que permita el resguardo de los derechos del consumidor y de controlar aquellas prácticas que en ocasión de una concentración económica pueda generar un riesgo para el consumidor y la libre competencia.

Por ello, se denota la importancia de que exista un marco jurídico que regule el comportamiento de las empresas en el mercado, protegiendo tanto a los competidores como a los consumidores. Al respecto, refiere Rafael García Palencia al mencionar que "...el control de las operaciones de concentración es absolutamente necesario para preservar el mantenimiento de la competencia y evitar así graves perjuicios a otros operadores en los mercados afectados y a los consumidores, pero en la valoración de las concentraciones deben tenerse muy en cuenta los efectos positivos que pueden derivarse de las mismas desde el punto de vista de la reestructuración empresarial, de las economías de escala o de las ganancias de eficiencia y de mejor dimensionamiento de las empresas, que por esta vía pueden llegar a ser más competitivas".⁶⁵

De manera que mediante el control de concentraciones económicas se pretende evitar toda modificación de la estructura de mercado que pueda resultar en una reducción significativa de la competencia efectiva. Para ello será preciso

⁶⁵GARCÍA PALENCIA Rafael, "Análisis sobre la regulación de la competencia en un mercado globalizado.", disponible en <file:///C:/Users/nvega/Downloads/analisis-sobre-la-regulacion-de-la-competencia-en-un-mercado-globalizado.pdf>, consultado el 5 de febrero del 2014, p.133.

determinar y delimitar con carácter previo cuál es el mercado o los mercados afectados por la operación, para después examinar con carácter prospectivo los efectos del cambio en la estructura de mercado en la competencia en el mismo.

De acuerdo con lo anterior, cabe notar que el control de concentraciones no constituye un mecanismo irracional o inquisitivo de intervencionismo estatal, ya que en el análisis de las operaciones la autoridad de competencia se verá obligada a valorar tanto los aspectos negativos de la concentración como los positivos que puedan compensar potenciales efectos anticompetitivos. De manera que inclusive si una operación pudiese afectar el mercado, la autoridad de competencia deberá autorizarla si presenta suficientes eficiencias o compromisos que contrarresten la afectación. Por ello, el control es equilibrado.

A partir de la justificación anterior es que, en la actualidad, existen numerosos países que han incorporado como instrumento de su política de Defensa de la Competencia el control de estructuras, como en las legislaciones Estados Unidos, Unión Europea, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Honduras, México y Panamá, entre otros. Más aún, este fenómeno se encuentra en expansión a nivel global, al ser considerado una herramienta de protección de la estructura del mercado y al consumidor.

2.3 Sistemas de Control de Concentraciones Económicas aplicados

En la actualidad, existen numerosos países que han incorporado como instrumento de su política de Defensa de la Competencia, el control de estructuras, advirtiéndose que la implementación de sistemas de control de concentraciones económicas se encuentra en expansión a nivel global.⁶⁶

De acuerdo con lo anterior, existen distintos sistemas de control de concentraciones económicas los cuales se diferencian entre sí, en función de ciertos elementos que los integran. Entre ellos se encuentran el requerimiento o no de notificación, el momento oportuno que debe efectuarse, así como la obligatoriedad de la notificación.

A continuación se desarrollaran los diferentes tipos de sistemas de control que se aplican en los diferentes países:

Ex - ante: refiere a aquellos sistemas de control en donde la notificación es previa a la consumación de la concentración y por ende tiene un efecto suspensivo en la operación de manera que no procede su consumación si el visto bueno de la autoridad de competencia.

⁶⁶BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, "El control de concentraciones empresariales.", disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>, consultado el 7 de febrero del 2014, p.2.

Obligatoria Notificación previa a la concentración: Este sistema de control contempla la necesaria notificación previa por parte de las empresas que desean consumir esta transacción ante la autoridad competente. La autoridad competente para el estudio y análisis del impacto que pueda traer consigo esta concentración da la potestad a esta de solicitar a la partes la información necesaria que se requiera para el estudio de la concentración de manera que la autoridad pueda descartar el riesgo de la creación de un monopolio derivado de esta concentración. En caso de ser necesario la autoridad podrá solicitar la extensión del periodo de estudio de la concentración para la determinación de su impacto en el mercado.

Pese a la obligatoriedad de la concentración existen algunas excepciones a la regla tal es el caso de las concentraciones pequeñas.

El objeto que se busca con la notificación previa y obligatoria es el análisis de las implicaciones de la concentración, esto permitirá a la autoridad determinar si un evento es potencialmente anticompetitivo e inclusive solicitar algunas modificaciones previas a la consumación de la concentración.

Al respecto, refiere Lilliam Arrieta que "...la inclusión de un régimen de control de concentraciones por medio de un sistema de notificación previa, responde a la tendencia observada en una gran mayoría de

sistemas, donde se ha optado por incluir un mecanismo que contribuya a prevenir la formación de estructuras de mercado, en las que el aumento del tamaño o la reducción del número de agentes, puede restringir la competencia por medio de efectos unilaterales o coordinados”.⁶⁷

Algunas de las ventajas que presenta este sistema de control es que permite el ajuste estructural para aplicar soluciones como respuesta a aquellos aspectos que puedan derivar en una consecuencia anticompetitiva para el mercado, de manera que al no estar aún aplicada la concentración permite a la misma tomar planes de contingencia de previo al inicio de esta concentración.

Asimismo, la autoridad podrá solicitar ajuste y modificaciones a la concentración lo cual será más factible de implementar, ya que es una fase anterior a la puesta en práctica de la concentración que si no se aplican, previo a la implementación de la misma sería casi imposible realizar ajustes.

Así lo menciona Juan Antonio Arbulú Celi, quien se encuentra a favor del control previo de las concentraciones al establecer que “...*un control previo de las mismas, en el pensamiento de quienes lo defendemos,*

⁶⁷ARRIETA DE CARSANA Lilliam Virginia, “Control de las concentraciones económicas en la ley de Competencia de El Salvador.”, Bogotá, diciembre del 2009, disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/1Arrieta25-76.pdf, consultado el 28 de enero de 2014, pp.31-33.

*otorgaría la seguridad de mantener la libre competencia evitando o reduciendo considerablemente los riesgos de una posición de dominio, la cual puede llevar a un intento denodado de controlar de manera total el mercado a costa de la competencia leal. Un mayor riesgo para la competencia sería el tratar de sancionar o limitar una situación de abuso por parte de un agente grande cuantitativamente, cuando ya el mercado está monopolizado o en vías de lograrlo, pues se arriesga la permanencia en el mercado del único o más importante cobertor de la demanda de los consumidores”.*⁶⁸

Por otra parte, algunas de las desventajas de este sistema son que algunos de los procesos de notificación pueden ser complejos o insuficientes y los periodos de espera pueden ser muy extensos en algunas ocasiones. Hay quienes afirman que *“...los sistemas de notificación previa imponen altos costos sobre gobiernos y compañías. De hecho, tales sistemas pueden ser costosos, pero el costo puede ser minimizado fijando umbrales de reporte altos.”*⁶⁹

⁶⁸ARBULÚ CELI Juan Antonio, “*El Control Previo en las Concentraciones Empresariales como Sistema de Defensa de la Competencia.*”, diciembre de 2012, disponible en www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/2_8-Juan-Arbulu.pdf, consultado el 12 de febrero del 2014, p.3.

⁶⁹BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, “*El control de concentraciones empresariales.*”, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>, consultado el 7 de febrero de 2014, p.3.

Algunos estudiosos consideran a este sistema el menos efectivo para economías pequeñas por lo que se pueden aplicar otros que se ajusten más a su realidad económica.

Ex-post: este sistema contiene aquellos sistemas que tienen como base la notificación de la concentración, pero la misma podrá ser posterior a la puesta en práctica de la concentración.

Notificación obligatoria pero la consumación puede ocurrir antes de la notificación: Según este sistema, los agentes económicos se encuentran obligados a notificar a la autoridad, sin embargo la notificación puede darse de forma posterior al cierre de la transacción, por lo cual no presenta un efecto suspensivo. Este sistema es menos común que el de la notificación previa y trae consigo algunas debilidades en el proceso, ya que no constituye un proceso preventivo y, en consecuencia, conlleva riesgos de eficiencia.

Algunas de las circunstancias que derivan de las debilidades de este sistema se constituyen en el interés de las partes en retrasar el proceso de notificación, al plazo máximo autorizado, para asegurar, de esta forma, la puesta en práctica de la concentración de previo a la notificación y posiblemente la manifestación de sus efectos, tanto positivos como negativos, en el mercado.

Sin embargo, debe considerarse que existen algunos supuestos en los que la autoridad competente se encuentra facultada a suspender la concentración ya consumada por el tiempo que sea necesario, cuando tenga algunas consideraciones que puedan evidenciar una posible actividad anticompetitiva.

Notificación voluntaria De acuerdo con este sistema, no existe obligatoriedad en la notificación, pero si los agentes lo consideran conveniente, pueden notificar de forma voluntaria a la autoridad. Entre ventajas que presenta este sistema se encuentran la imposición de menos requisitos y trámites para las empresas de la concentración. Sin embargo, presenta la desventaja de la falta de prevención y atención en el momento oportuno de la consumación de las concentraciones que conlleven efectos anticompetitivos, de manera que la autoridad competente no podrá determinar en el momento oportuno aquellas concentraciones anticompetitivas antes de su consumación y con esto la aplicación de medidas que resulten efectivas en el momento de su conocimiento.

Lo que se busca con este tipo de sistema es implementar procedimientos que incentiven a las empresas a notificar de manera voluntaria su deseo de crear una concentración en cualquiera de sus formas que esta pueda manifestarse, sin embargo presenta más inconvenientes y malestares que ventajas.

Una vez expuestos los diferentes sistemas de control que existen, es oportuno conocer algunos argumentos a favor y en contra de la implementación de los sistemas de control de las concentraciones económicas, según lo ha expuesto Inter American Development y el Organismo para la Economía Cooperación y Desarrollo:

En contra de los sistemas de control, cualquier tipo que sea, se encuentran quienes consideran que se ve restringida el derecho a la libertad de empresa, ya que podría verse obstruido por el control de fusiones y adquisiciones. *"Un viejo argumento era que el control de fusiones podría ser dañino en economías pequeñas y abiertas en las cuales las firmas nacionales pueden necesitar realizar fusiones para lograr economías de escala y competir con efectividad contra firmas extranjeras. Este argumento ha sido desacreditado y, en general, se reconoce por la experiencia empírica que el control de fusiones no evita tales fusiones".*⁷⁰

El análisis de las concentraciones puede resultar complejo, hay un riesgo excesivo de que las autoridades en materia de competencia tomen decisiones incorrectas. La premisa de este argumento es cuestionable y, en cualquier caso, el argumento ha perdido gran parte de validez, ya que las autoridades a lo largo de los años han ido adquiriendo más experiencia en el análisis de las concentraciones.

⁷⁰BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, "El control de concentraciones empresariales.", disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>, consultado el 7 de febrero del 2014, p.3.

Por otra parte, se expone que *“...la complejidad del análisis de fusiones provee discrecionalidad que puede ser utilizada para controlar la economía en formas que no son consistentes con el programa de reformas económicas [...] Sin embargo, debe recordarse que este riesgo existe en todos los países, y la experiencia internacional provee métodos para tratar con él. La interferencia política generalmente se combate dando autoridad para tomar decisiones a agencias cuasijudiciales independientes o al Poder Judicial, implementando procedimientos transparentes y políticas basadas en principios y proveyendo una revisión judicial de casos particulares y supervisión legislativa de las políticas de la agencia”*.⁷¹

Adicionalmente, las notificaciones previas presentan la ventaja de que tiende a evitar actos que pueda perjudicar en forma concreta la competencia o resultar perjudiciales para el interés económico general. Asimismo, permiten garantizar que la economía obtenga el mayor beneficio de las operaciones derivadas de la concentración; ya que el objetivo del control no es la prohibición de la concentración, y del desarrollo de la economía, sino que lo que se pretende es establecer los lineamientos básicos en que debe regirse una concentración, en pro del consumidor y de la competencia de mercado como se ha mencionado en reiteradas ocasiones.

⁷¹*Ibid.*,p.3.

Por lo anterior, a manera de concluir al respecto de la importancia que tiene el aplicar o no un sistema de control, dependerá del matiz que se le dé a la legislación que se aplique en un país determinado y como esta incorpore los principios rectores de la economía libre competencia y resguardo de los consumidores, con base en la determinación del mercado y de su creciente desarrollo, por lo que la elección del sistema por cada jurisdicción se realiza de acuerdo con el tipo, desarrollo y crecimiento de cada una de las economías, así como la composición y comportamiento de sus mercados.

2.4 Sistemas y Procedimiento de Control de Concentraciones Económicas aplicados en otras jurisdicciones

A continuación se analizarán las principales jurisdicciones mundiales en control de concentraciones económicas, para disecar los principales elementos de control de concentraciones aplicados en cada una de ellas.

2.4.1 España

La regulación actual de control de concentraciones económicas española fue aprobada en julio de dos mil siete por medio de la regulación número 15-2007 denominada Ley de Defensa de la Competencia. Por medio de esta regulación, buscaba dotarse a España de un sistema que fortaleciera los mecanismos ya

existentes, dotarlos de los instrumentos necesarios así como el marco institucional y estructural óptimo para garantizar la efectiva competencia en los mercados.⁷²

El sistema de control de concentraciones español es de tipo obligatorio y ex – ante, con la particularidad de ser un sistema de doble control. De esta manera, las concentraciones están sujetas a control interno de la CNC (*Comisión Nacional de la Competencia*) cuando sus efectos solamente se van a desplegar a lo interno de la comunidad española. Sin embargo, en caso de concentraciones, cuyos efectos no se circunscriben solo a España, sino que afectan otros países (*cross border mergers*), existen varios supuestos.⁷³

a) Si la concentración cumple de manera simultánea los umbrales nacionales y comunitarios de la Unión Europea, tendrá dimensión comunitaria y, por tanto, la Comisión Europea tendrá competencia exclusiva para su análisis y autorización.

b) Si la concentración cumple los umbrales nacionales, pero no los comunitarios de la Unión Europea, a pesar de que despliega efectos en otros Estados miembros, deberá procederse a notificar en todos los países en los que se alcancen estos. La misma regla aplica si se trata de países no miembros de la Unión Europea en los cuales la concentración va a desplegar efectos y se cumple con sus umbrales.

⁷²“LEY 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia.”, España, julio del 2007, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28848-28872.pdf>, consultado el 15 de febrero de 2014, p.1.

⁷³Uriá Mendez, “Guía Práctica de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el cual se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.”, España, setiembre del 2008, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2696/documento/GuiaUM.pdf?id=2931>, consultado el 16 de febrero del 2014, p. 65.

c) Si la concentración cumple los umbrales nacionales no los comunitarios de la Unión Europea, pero despliega efectos en tres o más Estados miembros, los agentes pueden solicitarle a la Comisión Europea el análisis del expediente.

En relación con las concentraciones económicas nacionales, el artículo siete de la ley las define como aquellas fusiones de dos o más compañías, la adquisición de control de toda una compañía o parte de ella, la creación de un Joint Venture y, en general, cualquier forma de transacción, cuyo objeto sea adquirir control de una o más compañías de forma estable y permanente. Como puede verse de esta definición, y como se indicó anteriormente, el elemento sobresaliente es el control. Por ello, la misma regulación define el control como cualquier mecanismo, acto, contrato por medio del cual se le permita a los agentes influenciar de forma definitiva en la compañía, disposición de sus activos y toma de decisiones.⁷⁴

A partir de estas definiciones, la legislación española somete a control cualquier tipo de transacción, cuyo objeto sea adquirir control de forma definitiva sobre las compañías, independientemente de la forma en la que la misma se manifieste o del tamaño de la adquisición. Cabe notar que para que una transacción cumpla con el elemento de control debe de ser definitiva y

⁷⁴“LEY 15/2007: Ley de Defensa de la Competencia.”, España, julio del 2007, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28848-28872.pdf>., consultado el 15 de febrero del 2014, p.6.

permanente, por lo que transacciones temporales, por ejemplo una adquisición de acciones cuyo plazo sea menor de un año, no es sujeto de control por el elemento de la permanencia.

Además de los actos considerados por la ley como concentraciones económicas, el artículo ocho de la ley establece los umbrales que las mismas deben de cumplir para ser sujetas a control. Es importante indicar que se requiere el cumplimiento de solamente uno de los umbrales establecidos, para que sea necesario notificar la concentración. Los umbrales son los siguientes:⁷⁵

a) Como consecuencia de la concentración los agentes adquieren un dominio igual o superior al 30% del mercado relevante, ya sea a nivel nacional o en un mercado geográfico definido.

b) Que el volumen de negocios global en España, del último año fiscal, de todos los agentes económicos involucrados en la transacción, es superior a la suma de doscientos cuarenta millones de euros. Adicionalmente, por lo menos, dos de los agentes económicos deben de alcanzar, de forma individual, una suma mayor a sesenta millones de euros en el volumen de negocios global en España.

Como se indicó anteriormente, el sistema de control de concentraciones español es un sistema de control obligatorio ex – ante, de manera que en caso de que alguna concentración económica cumpla con uno de los umbrales

⁷⁵Ibid., p.6

establecidos debe notificarse a la CNC, de forma obligatoria y anterior al cierre de la transacción. Esto de conformidad con el artículo nueve de la ley. En vista de que el sistema es ex – ante, los agentes económicos no pueden proceder con el cierre hasta no obtener la aprobación de la Comisión, so pena de multa de hasta el 5% del valor total de los activos y patrimonio de la transacción, de acuerdo con los artículos sesenta y uno y siguientes de la ley.

Sin embargo, es curioso notar que en caso de que no se realice la notificación, la CNC puede solicitar de oficio a las partes realizarla, dentro del plazo de veinte días, sin aplicar ninguna sanción. De no realizarla, la CNC puede investigar la concentración de oficio, además de aplicar las multas de hasta un 1% del valor total del volumen de negocios global de la transacción.⁷⁶ Asimismo, la ley española concede la posibilidad de investigar de oficio las concentraciones en caso de no cumplirse con la notificación, además de aplicar la respectiva sanción.

En relación con el procedimiento,⁷⁷ es importante indicar que la legislación española se encarga de aclarar quién es la parte responsable de realizar la notificación. La notificación deberá ser conjunta en el caso de fusiones, adquisiciones o Joint Ventures; e individual por el agente que adquiere el control si es cualquier otro tipo de operación.

⁷⁶*Ibid.*,p.6

⁷⁷*Ibid.*,p.6.

Al respecto del momento de realizar la notificación, el artículo cincuenta y cuatro del Reglamento a la Ley de Defensa de Competencia Española establece que puede realizarse desde que exista proyecto o acuerdo de concentración, entendido esto como la aceptación de la operación y se determine la forma, el plazo y las condiciones. Como puede verse, el momento a partir de los cuales se puede notificar es un poco vago, ya que remite al momento en que así lo acuerdan las partes. Sin embargo, a pesar de esta vaguedad, la normativa española⁷⁸ presenta la ventaja que le concede a los agentes la posibilidad de establecer “pre-consultas” de concentraciones, en caso de que exista duda sobre si su operación es o no sujeta a control.

Adicionalmente, en España, se establecen dos tipos de procedimientos de control de concentraciones: el abreviado y el ordinario. El procedimiento abreviado tiene como objeto es analizar las concentraciones que son propensas a causar poco o ningún impacto negativo en el mercado y la competencia, de manera que se resuelvan de forma más rápida y que disminuya la cantidad de información requerida. Sin embargo, es importante indicar que la ley establece que el procedimiento puede convertirse en ordinario si la CNC determina que pueden presentarse implicaciones negativas a la competencia.⁷⁹

⁷⁸*Ibid.*,p.6

⁷⁹*Ibid.*,p.18.

Respecto de la documentación que debe aportarse se refiere a la información básica corporativa de los agentes involucrados, descripción de la transacción y mercados involucrados, e información financiera. Aportada la documentación debe pagarse de una cuota para realizar el trámite de la autorización. Este pago se fija de forma proporcional con el volumen de negocios global de los agentes económicos involucrados en la transacción con un mínimo de tres mil euros.

Existen jurisdicciones, como la costarricense que será analizada más adelante, donde no hay cuota para realizar el trámite. Estas cuotas podrían ser consideradas como una fuente importante de recursos a nivel estatal. En vista de que el control de concentraciones es costoso de desarrollar para los países, ya que necesitan de estructura institucional así como capital humano, debe de considerarse esta cuota como una forma de recuperar los ingresos estatales invertidos, además de que es una forma de obtener ingresos sin aumentar impuestos.

Respecto del análisis de fondo,⁸⁰ realizado por la CNC, esta debe analizar la posibilidad que tiene la concentración de impedir el mantenimiento efectivo de la competencia, tomando en cuenta la estructura de mercado, poder y control de los agentes, barreras de entrada o salida, competencia efectiva y posibles eficiencias.

⁸⁰*Ibid.*,p.7.

En relación con los plazos,⁸¹ la CNC tiene un plazo de un mes para emitir la resolución en la cual indique:(i) si se aprueba la concentración con condiciones o sin ellas; (ii) se remite a la Comisión Europea (por sus dimensiones comunitarias); o (iii) se remite a una segunda fase de investigación por considerar que a concentración puede dañar la competencia. En esta segunda fase, la CNC analizará en profundidad las implicaciones negativas que puede tener la concentración y si las partes así lo solicitan, se dará audiencia. Desde iniciada esta segunda fase, hasta la resolución, la CNC tiene un plazo de dos meses para resolver si aprueba la concentración con condiciones o sin ellas o si la rechaza.

Posteriormente, de conformidad con los artículos cincuenta y siete y siguientes de la ley,⁸² se pasaría a una tercera fase en la que la resolución adoptada por la CNC será notificada al Ministro de Economía y Hacienda, quien tendrá un plazo de quince días para resolver sobre el traslado del expediente al Consejo de Ministros en los casos en que la CNC prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones. En caso de que el caso se remita al Consejo de Ministros, dispone del plazo de un mes para adoptar y notificar la resolución final. Esta resolución pone fin al procedimiento administrativo.

⁸¹ *Ibid.*, pp.13-14.

⁸² *Ibid.*, pp.18-19.

Como puede verse, el sistema español es un procedimiento expedito, porque el plazo máximo al que puede extenderse la aprobación de una concentración es de cuatro meses. Además de ello, la legislación española no lleva el procedimiento a vía judicial, sino que se mantiene en vía administrativa, lo cual necesariamente acorta el proceso, haciéndolo más eficiente. Inclusive, no cabe en la misma vía administrativa recurso de apelación, de manera que si los agentes se encuentran disconformes con la resolución, deberá presentarse en la vía contenciosa-administrativa. De manera que el proceso de control de concentraciones a nivel administrativo es más corto.

Respecto de los resultados del control de concentraciones, en los últimos tres años de acuerdo con las estadísticas publicadas por la CNC, el mercado de concentraciones económicas ha presentado el siguiente comportamiento:⁸³

a) Período 2010-2011: Fue un periodo de crecimiento en el control de concentraciones, llegando a la cifra más alta en los últimos cuatro años para un total de ciento veinticinco notificaciones recibidas. Ello implicó un crecimiento significativo de las noventa y ocho recibidas en el período 2009-2010, setenta y nueve recibidas en el período 2008-2009 y las noventa y seis del período 2007-2008. En relación con las ciento veinticinco resoluciones emitidas, ciento catorce de ellas (91%) fueron aprobadas en fase uno sin condiciones, ocho (6%) fueron archivadas por no

⁸³COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA, "Reportes Anuales.", disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=72>, consultado el 17 de febrero del 2014, pp. 31-37, 41-51.

ser sujetas de control, tres (2%) fueron autorizadas en fase uno con condiciones y dos (1%) en fase dos con condiciones.

b) Período 2011-2012: El número de operaciones notificadas disminuyó significativamente, reportando solamente setenta y siete notificaciones. De estas setenta y siete notificaciones, setenta (87%) fueron autorizadas en la fase uno sin ninguna condición adicional, dos fueron autorizadas en fase uno con condiciones, dos en fase dos con condiciones y tres de ellas fueron archivadas por desistimiento de las partes o no cumplimiento con los umbrales.

c) Período 2012-2013: ha continuado cayendo el número de operaciones de concentración notificadas, para un total de sesenta y nueve, al punto de ser el menor en los últimos cinco años. De estas sesenta y nueve notificaciones, sesenta y uno de ellas (88%) se han aprobado en primera fase sin compromisos, tres de ellos fueron aprobados en primera fase con compromisos, tres fueron aprobados en segunda fase con compromisos y dos fueron archivados.

De acuerdo con estas estadísticas, es posible determinar que la legislación de competencia española ha respondido de manera bastante eficiente en temas de concentraciones, ya que como se ve la mayoría son aprobadas y son pocas las sometidas a condiciones. Adicionalmente, las rechazadas no han sido por temas

de afectación a la competencia, sino por aspectos de forma, como el no cumplimiento con los umbrales.

Asimismo, la legislación de competencia española, no afectó el comportamiento del mercado ni la inversión en materia de concentraciones económicas, ya que en dos mil once se reportó la cifra más alta en los últimos cinco años. La caída que han tenido las concentraciones económicas en los últimos dos años, se debe a la crisis económica que ha enfrentado España. De forma que el comportamiento de las concentraciones económicas responde más al mercado y situación económica de cada jurisdicción, que al marco normativo.

Finalmente, en el anexo cuatro se presenta un esquema de flujos que detalla el procedimiento descrito anteriormente.

2.4.2 Unión Europea

El control de concentraciones de la Unión Europea se encuentra regulado por medio del Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero del 2004. Por medio de esta normativa se adopta un sistema de control ex – ante de tipo obligatorio, de manera que las empresas deben notificar con carácter previo las concentraciones de dimensión comunitaria. Al igual que en la legislación española como el sistema es ex – ante la ejecución de la concentración queda supeditada y suspendida hasta su autorización.

De conformidad con lo anterior, en la Unión Europea existen dos sistemas de control de concentraciones: el Comunitario y el Local. Los sistemas locales son definidos por cada uno de los estados miembros y el sistema comunitario aplica para todos los estados miembros cuando una concentración despliega efectos en dos o más jurisdicciones. Estos sistemas son excluyentes y subsidiarios, de manera que si aplicase el control comunitario no aplicaría el sistema local y viceversa.

Tal y como lo indican Engra y Encina, de la firma Uría Méndez, "...el reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en materia de control de concentraciones se organizó mediante un sistema denominado de "ventanilla única" o "one stop shop", confiriéndose a la Comisión la jurisdicción exclusiva sobre las concentraciones de dimensión comunitaria ...".⁸⁴ La aplicación de este tipo de sistemas, se basa en un principio de eficiencia y distribución adecuada de recursos, ya que lo que busca evitarse es que se dupliquen esfuerzos y trámites, sometiendo a múltiples y diversos sistemas de control concentraciones que surten efectos en varios estados miembros de la Unión Europea. De esta forma, se facilita el procedimiento para los agentes, ya que tendrá que someterse al control de una y no varias entidades, a pesar de involucrar varias jurisdicciones.

⁸⁴ENGRA José Carlos y ENCINAS Ana Rodríguez, "El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea.", Uría Méndez, España, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1590/documento/032artARE.pdf?id=1913>, consultado el 13 de febrero del 2014, p. 3.

A nivel de la Unión Europea, de acuerdo con el artículo tres del Reglamento,⁸⁵ se entiende como concentración económica las fusiones, adquisiciones o creación de empresas que desempeñen de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (Joint Ventures).

Para someterse al control, adicionalmente de cumplir con la definición de concentración, la transacción a realizar debe de alcanzar ciertos parámetros comunitarios para estar sujeta a control. Los umbrales comunitarios implican que la concentración despliega sus efectos en más de un estado miembro de la Unión Europea y que cumple con los siguientes montos:⁸⁶

- a) El volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los cinco mil millones de euros;
- y
- b) El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los doscientos cincuenta millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

⁸⁵DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, "Council Regulation 139/2004 on the Control of Concentrations between undertakings.", Unión Europea, enero del 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=es>, consultado el 12 de febrero del 2014, p. 7.

⁸⁶*Ibid.*, p. 6.

Alternativamente, una concentración que no alcance los umbrales indicados anteriormente igual será considerada comunitaria cuando:⁸⁷

a) El volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los dos mil quinientos millones de euros;

b) En al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los cien millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, e individualmente por lo menos dos de las empresas afectadas supere los veinticinco millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros y

c) El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado, individualmente, por al menos dos de las empresas afectadas supere los cien millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

Tal y como lo indican Engra y Encina, de la firma Uría Méndez, “La finalidad de este segundo nivel de umbrales,... radica en permitir que operaciones de menores dimensiones, pero en las que las empresas partícipes realicen conjunta o individualmente un mínimo de actividades en tres o más Estados miembros, se integren en el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004, evitando así que

⁸⁷ *Ibid.*, p. 6.

deban ser analizadas en diversas jurisdiccionales nacionales con arreglo a múltiples legislaciones”.⁸⁸

Es importante aclarar que aunque una concentración cumpliera con los umbrales indicados, pero solo desplegará efectos a nivel local, no aplicaría el reglamento de la Unión Europea. Como se indica en los umbrales, los efectos deben desplegarse a nivel comunitario, es decir, en dos o más estados miembros. Inclusive, aplicaría el Reglamento si no se cumplieren los primeros umbrales, pero se involucran tres o más estados miembros.

En caso de que la transacción cumpla con la definición y umbrales de las concentraciones económicas, e involucre dos o más estados miembros, los agentes económicos involucrados deben notificar a la CE (*Comisión Europea*), quien es el órgano a cargo de estudiar las concentraciones. Como se indicó anteriormente, esta notificación es obligatoria y previa al cierre de la transacción.

En relación con la definición de “previa”, el momento a partir del cual puede procederse a notificar, así como las partes encargadas de realizar la notificación, existe una igualdad entre esta regulación y la regulación española. De esta forma,

⁸⁸ENGRÁ José Carlos y ENCINAS Ana Rodríguez, “*El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea.*”, Uría Mendez, España, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1590/documento/032artARE.pdf?id=1913>, consultado el 13 de febrero del 2014, p. 17.

puede notificarse cuando se haya concluido el acuerdo o cuando exista buena fe por parte de los agentes de concluir un acuerdo.⁸⁹

Como se observa, la legislación de la Unión Europea permite notificar en un estadio anterior al cierre de la transacción. Tal y como lo indican Engra y Encina, de la firma Uría Méndez, esta posibilidad "...evita los elevados costes que pueden derivarse de su no autorización por la Comisión (costes de negociación del acuerdo final, cláusulas penales por falta de ejecución, etc.). Igualmente, permite reorientar la negociación del acuerdo vinculante a la vista de los compromisos que pueda exigir la Comisión para la aprobación de la operación, sin incurrir en los costes adicionales y la negociación entre las partes que supone la modificación de un acuerdo ya firme".⁹⁰

Lo anterior tiene lógica desde la perspectiva de negocios de los agentes económicos involucrados, ya que no es rentable para ellos incurrir en una serie de gastos para el cierre de una transacción, y que la misma no puede finalizarse por no ser autorizada por la Comisión. Por este mecanismo, se les permite a los agentes estructurar la transacción, tomando en cuenta las implicaciones que pueda tener en el mercado y la competencia, y así tener certeza de que esta va a ser aprobada sin problema.

⁸⁹DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, "Council Regulation 139/2004 on the Control of Concentrations between undertakings.", Unión Europea, enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=es>, consultado el 12 de febrero de 2014, p. 8.

⁹⁰ENGRA José Carlos y ENCINAS Ana Rodríguez, "El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea.", Uría Méndez, España, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1590/documento/032artARE.pdf?id=1913>, consultado el 13 de febrero del 2014, p. 25.

Es importante aclarar que como se trata de un sistema ex – ante de tipo obligatorio, el reglamento faculta a la Comisión a aplicar medidas de desconcentración en caso de que los agentes decidan cerrar la transacción antes de la aprobación por parte de la Comisión. Así, dentro de las sanciones se encuentran la multa de hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa afectada y la desconcentración.⁹¹ Cabe notar que este artículo es sumamente abierto y le confiere a la Comisión facultades sumamente amplias para revertir el impacto en el mercado que ha tenido la concentración, ya que indica que la Comisión puede “...adoptar cualquier medida que considera apropiada” para volver al estado anterior a la concentración. Ello resulta comprensible, ya que no siempre es posible determinar de forma típica el impacto que va a tener la concentración en el mercado y la competencia, así como establecer de ante mano el remedio para revertirlo.

En relación con las partes obligadas a notificar, la notificación será conjunta en caso de fusiones y adquisiciones e individual por el agente que adquiera el control en cualquier otra operación.⁹²

De conformidad con el anexo número dos del reglamento 139/2004, respecto a la documentación que debe aportarse se refiere a la información básica

⁹¹DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, “*Council Regulation 139/2004 on the Control of Concentrations between undertakings.*”, Unión Europea, enero del 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=es>, consultado el 12 de febrero del 2014, p. 15.

⁹²*Ibid.*, p. 8.

corporativa de los agentes involucrados, descripción de la transacción y mercados involucrados, e información financiera. Como puede verse, los requisitos buscan que las partes aporten toda la información requerida para que los analistas pueden entender y determinar cómo se comporta el mercado el cuestión, y como pretende desarrollarse la concentración.

En relación con los aspectos de fondo que debe de analizar la Comisión para aprobar una concentración, el reglamento establece en su artículo segundo que deben de analizarse el poder de mercado, la competencia efectiva, posibles barreras de entrada y salida, entre otros.⁹³ Como puede verse, en el análisis de concentraciones de la Unión Europea, la Comisión debe de centrarse en analizar las implicaciones que las mismas podrían producir en el mercado, así como en los consumidores como destinatarios finales, de manera que se garantice una competencia efectiva. Así, estos dos elementos indicados por el reglamento ejemplifican de la forma más clara la razón de ser del control de concentraciones económicas: garantizar la competencia efectiva y la libertad de elección de los consumidores.

Recibida la notificación y analizados los aspectos indicados en el párrafo anterior, la Comisión debe determinar por medio de resolución: (i) si cumple con los umbrales; (ii) si es compatible con el mercado y, por lo tanto, debe aceptarse;

⁹³*Ibid.*, pp. 10-12.

(iii) presenta efectos anticompetitivos y para su aprobación debe sujetarse a ciertas restricciones.

Para llegar a esta resolución, de acuerdo con el artículo diez del reglamento,⁹⁴ la Comisión cuenta con un plazo de veinticinco días hábiles a partir de recibida la notificación o la información completa. Este plazo puede extenderse a treinta y cinco días hábiles si la Comisión recibe una solicitud de un Estado miembro en el que se indique que dicha concentración afecta su mercado o la competencia y, por ello, proponen algún compromiso para compatibilizar la concentración con el mercado común. Una vez que la Comisión valore estos aspectos sometidos por los Estados Miembros, y si, efectivamente, considera que existe la amenaza; ella está autorizada para resolver y rechazar o condicionar la condición. Esto concluiría la fase uno del control de concentraciones.

Adicionalmente, y de conformidad con el artículo 6.1. y siguientes del Reglamento, si la Comisión comprueba que la concentración notificada plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, la Comisión podrá iniciar una segunda fase en el procedimiento, en la cual se solicita información adicional a los agentes, se les convoca a audiencia y se plantea la consulta ante su Comité Consultivo. La resolución sobre la aprobación, condicionamiento o rechazo de la concentración, deberá de adoptarse en un plazo máximo de noventa días laborables a partir de la fecha de inicio de la segunda fase. Este plazo se ampliará

⁹⁴*Ibid.*, p. 13.

a ciento cinco días laborables cuando las empresas afectadas propongan compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común y puede extenderse a ciento veinticinco días hábiles si así lo solicitan o autorizan las partes. En caso de que las partes se encuentren descontentos con la decisión de la Comisión, cabrá recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y, en última instancia, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Con ello, finalizaría el procedimiento.

Finalmente, en el anexo cinco se presenta un esquema de flujos que detalla el procedimiento descrito anteriormente.

2.4.3 Estados Unidos

A diferencia de las legislaciones estudiadas anteriormente, en el caso de la jurisdicción estadounidense, el control de concentraciones económicas no se encuentra regulado por un solo cuerpo normativo sino por varios, como lo son el Clayton Antitrust Act, Sherman Act, Hart Scott Rodino Act y Federal Trade Commission Act. Tal y como la ha indicado el Departamento de Justicia de los Estados Unidos,⁹⁵ de todas estas normas la más importante es el Clayton Act y el Hart Scott Rodino Act, ya que por medio de estos se prohíben las concentraciones económicas que pueden causar efectos anticompetitivos en el mercado y, por lo tanto, pueden provocar el aumento en los precios en perjuicio de los

⁹⁵ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, "Antitrust Enforcement and the Consumer.", Estados Unidos, disponible en http://www.justice.gov/atr/public/div_stats/antitrust-enfor-consumer.pdf, consultado el 18 de febrero de 2014, p. 2.

consumidores. La demás normativa se encarga de regular y prohibir de forma amplia los monopolios y demás conductas que pueden producir un efecto negativo en el mercado.

Por medio del Clayton Act, sección dieciocho, se establece un sistema de control de concentraciones económicas obligatorio y de tipo ex – ante, de manera que ninguna persona involucrada en el comercio o cualquier actividad capaz de afectar el comercio puede adquirir, de forma directa o indirecta el capital o activos de forma que dicha adquisición le conceda tal control que pueda disminuir de forma sustancial la competencia o tienda a crear un monopolio, sin contar con la autorización previa de las autoridades.

De acuerdo con lo anterior, los agentes económicos involucrados en una adquisición deben notificar con un plazo mínimo de treinta días antes al cierre de la transacción, a las autoridades correspondientes. En caso de que se omita la notificación los agentes económicos involucrados se exponen a la aplicación de una sanción de hasta dieciséis mil dólares diarios por cada día transcurrido desde que la notificación debió realizarse y no se hizo.⁹⁶

Como puede verse de la normativa estadounidense, no existe una definición expresa de concentraciones económicas, sino que solamente se describe el concepto sin definirlo. De conformidad con la descripción indicada,

⁹⁶CLAYTON ACT, “Sección 18.”, Estados Unidos, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>, consultado el 20 de febrero del 2014, p.3.

nuevamente el elemento fundamental para determinar si una adquisición está sujeta o no al control de concentraciones, es si la misma brinda o no control sobre el mercado a los agentes económicos. Tal y como lo indica el Herman Scott Rodino Act, el control se manifiesta cuando a partir de la concentración el agente posee cincuenta por ciento o más del derecho a voto, ganancias o activos de las compañías involucradas en la transacción.⁹⁷

Las transacciones sujetas al control de concentraciones norteamericanos son aquellas adquisiciones en las que se cumplan los siguientes umbrales:

i. Los activos y patrimonio del agente adquirente sobre el adquirido superan los trescientos tres millones de dólares.

ii. Los activos y patrimonio del agente adquirente sobre el adquirido superan los setenta y cinco millones de dólares pero no los trescientos tres millones de dólares.

iii. Los activos y patrimonio de cualquier agente involucrado en la manufactura con ingresos netos anuales de quince millones de dólares o más, son adquiridos por un agente cuyos ingresos anuales son de ciento cincuenta y un millones de dólares o más.

iv. Los activos y patrimonio de cualquier agente no involucrado en la manufactura con ingresos netos anuales de quince

⁹⁷HERMAN SCOTT RODINO ACT, "Sección 801.", Estados Unidos, disponible en http://www.justice.gov/atr/public/div_stats/antitrust-enfor-consumer.pdf, consultado el 20 de febrero del 2014 p.1.

millones de dólares o más, son adquiridos por un agente, cuyos ingresos anuales son de ciento cincuenta y un millones de dólares o más.

v. Los activos y patrimonio del agente con ingresos netos anuales de ciento cincuenta y un millones de dólares o más, son adquiridos por un agente cuyos ingresos anuales son de quince millones de dólares o más.

Es importante aclarar en relación con los umbrales, que estos presentan una diferencia significativa con las demás jurisdicciones, ya que estos son ajustados cada año de acuerdo con lo establecido por el Federal Trade Commission en virtud del crecimiento anual del producto interno bruto.⁹⁸

De cumplirse con los requisitos indicados anteriormente, debe de procederse a notificar al FTC (*Federal Trade Commission*) y al DOJ (*División Antimonopolios del Departamento de Justicia*) de Estados Unidos. No existe un plazo establecido para notificar; sin embargo, como el sistema de control es ex – ante, la transacción no puede cerrar sin el visto bueno de las autoridades, so pena de la aplicación de las multas indicadas. A pesar de que no existe término, la regulación si marca un momento a partir del cual podría “empezar” a notificarse. Este sería en el momento en que se haya suscrito entre los agentes un contrato,

⁹⁸. COMISION FEDERAL DE COMERCIO, “*Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7A of the Clayton Act.*” Vol. 79, No. 15, Estados Unidos, 2014, disponible en <http://www.ftc.gov/policy/federal-register-notices/revised-jurisdictional-thresholds-section-7a-clayton-act-notice>, consultado el 21 de febrero de 2014, p.1.

acuerdo o carta de intención de fusionar o adquirir las compañías; por lo que el adquirente pueda otorgar una declaración jurada atestando su buena fe de completar la transacción.⁹⁹

En virtud de ello, tal y como está contemplado el control norteamericano, se autoriza la revisión simultánea por dos entidades (FTC y DOJ) de una misma concentración. Sin embargo, es importante aclarar que no se produce una doble revisión del mismo caso, ya que tal y como lo indica la firma norteamericana Kelley Drye & Warren LLP, si bien inicialmente ambas instituciones hacen un análisis preliminar de la operación para determinar si los agentes son competidores y si puede existir una afectación adversa al mercado, posteriormente entre ambas agencias determinarán cuál será la que lleve a cabo de investigación de fondo de acuerdo con la industria involucrada y cuál de las dos agencias tiene más conocimiento en dicha industria. Por esto solamente una de ellas examinará la transacción.¹⁰⁰

Al respecto de la documentación que debe aportarse de forma conjunta con la notificación, el Federal Trade Commission Act y el Hart Scott Rodino Act, debe aportarse la información básica corporativa de los agentes involucrados, descripción de la transacción y mercados involucrados, e información financiera.

⁹⁹CLAYTON ACT, "Sección 18.", Estados Unidos, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>, consultado el 20 de febrero de 2014, p.3.

¹⁰⁰KELLEY DRYE & WARREN LLP, "Premerger Antitrust Requirements. The 2013 Hart-Scott-Rodino Premerger Notification Sourcebook.", Estados Unidos, disponible en <http://www.kelleydrye.com/publications/books/1063/res/id=Files/index=0/FINAL%20Premerger%20Antitrust%20Requirements%20--%20HSR%20Notification%20Sourcebook%202013.pdf>, consultado el 23 de febrero del 2014, p.6.

Adicionalmente, todos los agentes económicos están obligados a presentar la notificación, la única diferencia radica en que en el formulario presentado debe de indicarse si el agente es el adquirente o el adquirido.¹⁰¹

Como puede verse, existe una similitud en los requisitos solicitados por cada jurisdicción, ya que la mayoría requiere la misma información. Esto es importante de destacar, ya que el éxito o no de un sistema de control de concentraciones radica en la accesibilidad que se dé a los agentes económicos de cumplir. Sistemas en donde los requisitos sean excesivos y de difícil preparación, tienden a desincentivar su cumplimiento. Por ello, la mayoría de las jurisdicciones solicitan, con ciertos matices, la misma información. De esta forma, las agencias de competencia pueden tener a mano todos los elementos para determinar el impacto en el mercado, sin hacer al agente incurrir en exceso de trámites o tareas imposibles.

Al igual que las legislaciones analizadas previamente, la norteamericana también solicita el pago de una cuota para proceder con el trámite. De acuerdo con la normativa, el pago de la cuota le corresponde al agente adquirente, y estos costos son determinados de acuerdo con el valor de la transacción y la cantidad de bienes e intereses involucrados.¹⁰²

¹⁰¹ *Ibid.*, p.7.

¹⁰² COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO, “*Premarmer Notification Program*”, *Estados Unidos, 2009*, disponible en <http://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>, consultado el 21 de febrero del 2014, p.8.

¹⁰² CLAYTON ACT, “*Sección 18.*”, *Estados Unidos*, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>, consultado el 20 de febrero del 2014, p.3.

Una vez que han sido notificadas ambas instituciones, presentado la información requerida y pagada la cuota, las mismas tendrán un plazo de treinta días para resolver sobre la aprobación o rechazo de la concentración. De aprobar la concentración, se daría fin al procedimiento de control. Sin embargo, en caso de que las autoridades consideren que la concentración plantea dudas respecto a sus potenciales efectos anticompetitivos, se iniciaría una segunda fase de investigación, en el cual se solicite a los agentes involucrados información adicional. Los agentes económicos no tienen un plazo específico para aportar esta documentación, sin embargo debe tomarse en cuenta de que mientras el proceso no finalice, tampoco podrá cerrar la transacción. Una vez aportada esta información la autoridad de competencia tendrá un plazo de treinta días para determinar si aprueba la concentración, la condiciona o la rechaza por su impacto negativo al mercado.¹⁰³

En caso de que sea rechazada, el procedimiento varía dependiendo de la agencia a cargo de la revisión, ya que si la revisión la realizaba el FTC, la solicitud de bloqueo se solicita a la corte especializada del FTC y, posteriormente, a la Corte Federal. Mientras que en el caso del DOJ la solicitud va directo a la Corte

¹⁰³COMISION FEDERAL DE COMERCIO, *"Premerger Notification Program" Estados Unidos, 2009*, disponible en <http://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program> consultado el 21 de febrero del 2014, p.8.

Federal.¹⁰⁴ Finalmente, cabe recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones, y en última instancia ante la Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁵

De acuerdo con las estadísticas elaboradas por el FTC y DOJ, en los últimos años el control de concentraciones económicas se ha comportado de la siguiente manera:¹⁰⁶

a) Año 2012: Para el año dos mil doce, mil cuatrocientas veintinueve transacciones fueron sometidas al control de concentraciones. Dicha cifra representa una disminución de un 1.4% del año anterior, en el cual se notificaron mil cuatrocientos cincuenta transacciones. En relación con las operaciones analizadas por cada departamento, las cifras son las siguientes:

i. De las operaciones analizadas por el DOJ, diecinueve fueron cuestionadas por el impacto negativo que podrían tener en el mercado y ocho de ellas fueron analizadas en vía judicial. De estas ocho, siete de ellas fueron aprobadas y una fue abandonada por los agentes. En las once transacciones restantes que no fueron analizadas en vía judicial, pero presentaban dudas respecto del efecto anticompetitivo, seis de ellas fueron abandonadas por los

¹⁰⁴CLAYTON ACT, "Sección 18.", Estados Unidos, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>, consultado el 20 de febrero del 2014, p.3.

¹⁰⁵GLOBAL LEGAL GROUP, "The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2012. A practical cross-border insight into merger control issues." Estados Unidos, 2011, disponible en http://www.hunton.com/files/Publication/dda07085-5acd-41a0-81dc-a60855e8ca95/Presentation/PublicationAttachment/836628d1-1ae2-4e53-bf5b-b1033675e9f9/MC12_Chapter-57_USA.pdf, consultado el 22 de febrero de 2014, p.387.

¹⁰⁶FEDERAL TRADE COMMISSION AND DEPARTMENT OF JUSTICE, "Hart-scott-rodino anual report.", Estados Unidos, 2012-2011, disponible en <http://www.ftc.gov/policy/reports/policy-reports/annual-competition-reports>, consultado el 28 de febrero del 2014, pp. 5-24.

agentes y las cinco restantes fueron reestructuradas para evitar estos efectos.

ii. De las operaciones analizadas por el FTC, veinticinco de ellas fueron cuestionadas por el impacto negativo que podrían tener en el mercado. De estas veinticinco, quince fueron aprobadas, siete fueron abandonadas por los agentes o reestructuradas para mitigar los efectos, y tres de ellas fueron analizadas en vía judicial.

b) Año 2011: Para el año dos mil once, mil cuatrocientos cincuenta transacciones fueron notificadas para autorización. Ello representa un aumento de un 24% de las mil ciento sesenta y seis transacciones notificadas el año anterior. En relación con las operaciones analizadas por cada departamento, las cifras son las siguientes:

i. De las operaciones analizadas por el DOJ, se cuestionaron veinte de ellas por el impacto negativo que podrían tener en el mercado. De esas veinte, dos fueron abandonadas por los agentes, cinco fueron reestructuradas y trece fueron analizadas en vía judicial. De las analizadas en vía judicial, once fueron aprobadas, una fue rechazada y una fue abandonada por los agentes.

ii. De las operaciones analizadas por el FTD, diecisiete de ellas fueron cuestionadas por el impacto negativo que podrían tener

en el mercado. De estas operaciones cuestionadas, nueve fueron aprobadas, cinco fueron reestructuradas o abandonadas y tres fueron analizadas en vía judicial.

De acuerdo con estas cifras, se muestra el crecimiento de las concentraciones económicas en el mercado de los Estados Unidos, salvo en el dos mil doce que tuvo una pequeña caída. Nuevamente, debe de considerarse que el comportamiento de las concentraciones se ve afectado sustancialmente por el comportamiento de la economía y mercado mundial. De forma que si la economía o el mercado atraviesan una recesión, es posible de que las concentraciones presenten el mismo comportamiento. Adicionalmente, cabe notar de estas estadísticas que la mayoría de las operaciones norteamericanas son aprobadas en primera o segunda fase, sin necesidad de recurrir a la vía judicial para su rechazo. Lo anterior ya que, por ejemplo, de mil cuatrocientas veintinueve transacciones analizadas en el dos mil doce, solamente cuarenta y cuatro de ellas son sometidas y vía judicial, y de esa cifra, la mayoría de ellas son aprobadas.

Finalmente, en el anexo seis se presenta un esquema de flujos que detalla el procedimiento descrito anteriormente.

2.4.4 México

El control de concentraciones en México es regulado por medio de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Esta ley concede a la Comisión

Federal de Competencia facultades de investigación y sanción de dichos actos, y crea también un procedimiento de control previo obligatorio para el caso de operaciones que cumplan con ciertos parámetros.¹⁰⁷

Es importante destacar que la legislación mexicana, para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de notificar, condiciona la inscripción del acto en el Registro Público de Comercio a la obtención de resolución favorable de la Comisión. De esta manera, la inscripción en el Registro Público del acto respectivo se llevará a cabo si transcurrido el plazo establecido para dictar resolución, esta no se ha emitido.¹⁰⁸

Para iniciar el análisis, la operación debe de cumplir con la definición de concentración. La LFCE define a las concentraciones como la adquisición del control de activos entre agentes económicos. Es necesario resaltar que la definición de concentración es muy amplia y no necesariamente tiene que ser hecha entre competidores, sino que puede llevarse a cabo entre cualesquiera agentes económicos con independencia del sector o del área económica.¹⁰⁹

¹⁰⁷COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *“El control previo de las fusiones y adquisiciones y la defensa de la competencia en los mercados.”*, México, disponible en <http://www.cndc.gov.ar/memorias/memoria97/docu2c.htm>, El control previo de las concentraciones y fusiones y el defensa de la competencia en los mercados, consultado el 3 de junio del 2014, p.1.

¹⁰⁸“*Ley Federal de Competencia Económica.*”, México, 2006, disponible en <http://leyco.org/mex/fed/104.html> Ley Federal de Competencia Económica Publicación 1992 (hace 21 años) - Última modificación 2006 (hace 7 años), consultado el 3 de junio del 2014, p.6..

¹⁰⁹*Ibid.*, p.5.

Adicionalmente, no toda concentración está sujeta a control previo obligatorio, sino que solamente aquellas que cumplan con los siguientes umbrales:¹¹⁰

a. Extensión de la transacción: su valor asciende a más de 12 millones de veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (SMGVDF), en el momento de la transacción (Aprox. US\$48 millones).

b. Extensión de la meta: el agente económico que compra adquiere el 35% o más de la propiedad o acciones de otro agente económico, cuyas propiedades o ventas anuales son mayores a 12 millones de veces el SMGVDF (Aprox. US\$48 millones).

c. Extensión de las partes: dos o más de las partes que intervienen en la transacción tienen propiedades o ventas anuales que excedan 48 millones de veces el SMGVDF (US\$192 millones), o bien, que el valor de la transacción implique la adquisición de propiedades o capital social superior al equivalente a 4.8 millones de veces el SMGVDF (19,2 millones de dólares).

De cumplir con los umbrales y la definición de concentración, los agentes económicos deberán notificar a la Comisión, la cual tiene un plazo de 45 días, que puede ampliarse a 60 días, para dictar la resolución final, en la cual puede decidir la aprobación de la concentración (que es implícita si la misma no se expide

¹¹⁰*Ibid.*, p.7.

dentro del plazo), la sujeción de la misma a ciertas condiciones, o la prohibición o desconcentración de la fusión, adquisición o unión empresarial realizada.¹¹¹

Es importante aclarar que en el caso de transacciones que no cumplan con los requisitos indicados no existe obligación de notificarlas previamente a la autoridad. Sin embargo, la Comisión puede investigarlas e impugnarlas de forma posterior si las considera nocivas a la competencia. Para fortalecer la seguridad jurídica, esta posibilidad prescribe un año después de celebrada la operación.

Para analizarlas concentraciones, el artículo 15 del Reglamento de la LFCE señala que se tomará en cuenta la valoración en el mercado relevante de las ganancias e eficiencia que puedan derivarse de la concentración, mismas que deberán ser acreditadas por los agentes económicos que la realicen. A este respecto, los agentes económicos deben probar a La Comisión la existencia de efectos positivos y eficiencias, principalmente referidos a ganancias en técnicas de producción, distribución o comercialización.

En caso de que las eficiencias no sean acreditadas o no sean suficientes para mitigar los efectos anticompetitivos, la Comisión podrá sujetar a concentración a ciertas condiciones que permitan obtener las ventajas de la concentración y, al mismo tiempo, reducirlos riesgos anticompetitivos que dicha

¹¹¹COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *“El control previo de las fusiones y adquisiciones y la defensa de la competencia en los mercados.”*, México, disponible en <http://www.cndc.gov.ar/memorias/memoria97/docu2c.htm>, El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, consultado el 3 de junio de 2014, p.1.

concentración implique. Es importante notar que antes de aplicar las condiciones, la Comisión deberá permitirle a los notificantes proponer medidas para subsanar los efectos anticompetitivos, y solo en caso de no ser estas suficientes, podrá la Comisión proponer sus condiciones.

Finalmente, en el anexo siete se presenta un esquema de flujos que detalla el procedimiento descrito anteriormente.

A razón de este análisis y como se estudiará más adelante, es posible determinar que Costa Rica toma como base para el desarrollo de la regulación del control de concentraciones económicas la normativa mexicana.

2.5 Ventajas y desventajas de los Sistemas de Control de Concentraciones Económicas

Desde una perspectiva empresarial, la tendencia de los mercados se dirige hacia su concentración, ya que lo más rentable para un agente económico es posicionarse de manera dominante en el mercado, de forma que la competencia no afecte su rentabilidad y sus ganancias. Una de las formas por medio de las cuales se logra esto es por medio de las concentraciones económicas, donde los agentes económicos pueden adquirir o unir fuerzas por cualquier tipo de contrato asociativo, aumentar sus ganancias, disminuir sus costos y “eliminar” a uno o más agentes competidores.

Sin embargo, el esquema descrito en el párrafo anterior trae de la mano implicaciones negativas para el consumidor y el propio mercado, ya que a partir de las concentraciones se encuentra disminuidos el número de oferentes, la fijación de precios podría ya no responde a la oferta y demanda, sino a los efectos coordinados entre agentes y eventualmente el mercado podría encontrarse monopolizado alterando el principio de libertad de mercado y competencia.

En este sentido lo ha indicado Margarita Alarcón, quien considera que “Ciertamente, si una empresa carece de competidores puede imponer las condiciones en el mercado que más le convengan, ya que los consumidores no tienen posibilidad de elegir entre diferentes alternativas... De esta forma, la promoción de la competencia beneficia al consumidor al reducir las distorsiones externas en la provisión de bienes y servicios (cantidad, precio, abanico de posibilidades) basándose en la búsqueda de la mejor asignación de los recursos y una óptima organización industrial”.¹¹²

Ante tal escenario, los sistemas de control de concentraciones resultan ventajosos al funcionar como un contrapeso a la tendencia de concentración y eliminación de la competencia que se ha presentado en los últimos años, ya que al someter las concentraciones a la autorización de una entidad gubernamental que va a sopesar las implicaciones en el mercado y la competencia, se encarga de

¹¹²ALARCÓN Margarita, “IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA.”, *Boletín latinoamericano de competencia*, Argentina, abril de 2002, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>, consultado el 20 de febrero del 2014, pp.65-71.

“...prevenir la formación de agentes monopolísticos o con posición dominante capaces de determinar unilateralmente la producción y precios, desplazar o impedir el acceso de competidores actuales o potenciales, reducir la competencia o facilitar la comisión de prácticas anticompetitivas”.¹¹³

Asimismo, lo ha considerado la OECD, quien ha indicado que “El control de concentraciones empresariales se justifica por la posible realización de operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de los consumidores. Además, por definición, una operación de concentración reduce el número de agentes participantes en el mercado en cuestión, lo que reduce los costos de transacción e incrementa las probabilidades de generación de prácticas anticompetitivas”.¹¹⁴

Es por dicha labor de prevención que los sistemas de control de concentraciones resultan ventajosos, y es por ello que a la fecha la mayoría de las jurisdicciones del mundo han optado por sistemas de control de concentraciones, para así proteger a su mercado y asegurarse que determinadas transacciones no produzcan efectos distorsivos en el mercado y la competencia.

¹¹³TINEO, Luis, “*Políticas y Leyes sobre competencia en América Latina: Convergencias y Divergencias.*”, Conferencia Competition Policy and Enforcement, OECD/World Bank/Gobierno de Argentina, Argentina, 1996, p.12.

¹¹⁴BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, “*El control de concentraciones empresariales.*”, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>, consultado el 7 de febrero de 2014, p.2.

A pesar de esto, la ventaja de prevención desaparece o se disminuye en los sistemas donde el control no es ex – ante de tipo obligatorio, de manera que se permite el cierre de la transacción sin autorización de la autoridad de competencia, siempre que se notifique a la autoridad dentro del plazo concedido por ley de forma ex – post, es decir, una vez que la transacción ha cerrado. En este tipo de jurisdicciones, como la española, el control de concentraciones económicas no presenta una ventaja, ya que las concentraciones podrían cerrar, el mercado y la competencia podrían verse afectado y los agentes económicos estarían actuando conforme a la ley.

Peor aún, sería el caso donde los sistemas de control no son obligatorios sino voluntarios, de manera que los agentes económicos tienen discrecionalidad para determinar si comunican o no la concentración a las agencias de competencia. En este tipo de sistemas el control de concentraciones presenta la desventaja de la inseguridad jurídica, ya que en cualquier momento podría examinarse la concentración y de considerarse perjudicial al mercado y la competencia podrían aplicarse carácter sancionatorio y correctivo. Más allá de ello, estas medidas presentan el problema de la dificultad material de efectivamente desconcentrar agentes, así como revertir sus efectos en el mercado. Por lo cual termina siendo un sistema de control inefectivo, que hace incurrir tanto a los agentes como a las agencias de competencia en más gastos y dificultades.

De esta forma, si bien los sistemas de control ex – post o voluntarios presentan medidas que le permiten a las autoridades de competencia restablecer el mercado y la competencia producto de una concentración con efectos anticompetitivos, estas medidas no son eficientes, ya que en muchas ocasiones, la desconcentración, la venta de activos, la reducción del mercado geográfico, no resulta tan sencilla de aplicar en la práctica, más cuando los agentes involucrados son grandes agentes económicos. De manera que el sistema de control de concentraciones se desvirtúa y pierde su razón de ser al no cumplir su finalidad preventiva.

En este sentido se ha pronunciado Nehme y Mordoj, al indicar que este tipo de sistemas “...se encuentra en la actualidad sometido a relevantes críticas, que, principalmente, se concentran en la incertidumbre que genera una eventual revisión ex post de una operación (...). Asimismo, se les critica desde una perspectiva de política pública, pues... la experiencia en esos países ha demostrado que un número relevante de operaciones con eventuales efectos anticompetitivos no es sometido voluntariamente a las autoridades y, así, no es objeto de investigación preventiva (siendo además su revisión ex - post de muy difícil consecución)”¹¹⁵.

¹¹⁵MORDOJ Benjamín y NEHME Nicole, “*Diseños Institucionales De Control De Concentraciones. Análisis Y Propuestas.*”, Chile, 2012, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5031_3183/rev125_NNehme-BMordoj.pdf, consultado el 24 de febrero del 2014, p. 96.

A partir de lo anterior, lo recomendable es que la jurisdicciones complementen sus sistemas de control ex – ante con mecanismos de control ex – post, de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las operaciones tanto de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas; como por medio de un análisis retrospectivo que permita sancionar conductas anticompetitivas consolidadas.

Otra circunstancia por la cual los sistemas de control de concentraciones resultan ventajosos, es que no someten a control todas o cualquier tipo de concentración que pueda presentarse, sino solamente aquellas en las que se conceda un control significativo a los agentes, de manera que presente un potencial riesgo al mercado y la competencia, y además de ello cumpla con determinados umbrales que son contrarios al nivel de concentración tolerable por el mercado. Así, los sistemas garantizan que concentraciones entre pequeños agentes no deben someterse al procedimiento de control ya que dichas operaciones no presenta un riesgo al mercado ni a la competencia.

Lo anterior desacredita uno de los principales argumentos utilizados en contra del control de concentraciones, según el cual “...el control de fusiones podría ser dañino en economías pequeñas y abiertas en las cuales las firmas nacionales pueden necesitar realizar fusiones para lograr economías de escala y

competir con efectividad contra firmas extranjeras.”¹¹⁶ Este argumento pierde su validez ya que a partir de la fijación de los umbrales, no todas las operaciones de concentración se encuentran sujetas a control, sino solamente aquellas que por sus dimensiones y valor impliquen una verdadera amenaza a la competencia.

Sin embargo, es importante considerar que en el esquema anterior, el sistema de control de concentraciones puede convertirse en desventajoso si las legislaciones fijan umbrales muy inferiores o superiores, de forma que transacciones insignificantes a nivel de competencia queden sujetas al control por los umbrales menores o de manera que transacciones relevantes no queden sujetas a control por los umbrales tan elevados. De la misma manera ocurriría si a nivel legislativo, el concepto de control o de concentración es planteado de forma tan abierta que cualquiera o la mayoría de las operaciones quedarían comprendidas en dicho concepto. Ello llevaría a un sistema ineficiente que tendría que destinar mayores recursos y tiempo analizando transacciones, que materialmente no tienen relevancia competitiva pero que quedan sujetos por criterios conceptuales.

En este sentido, ha indicado la ICN (*International Competition Network*), en sus recomendaciones para la aplicación de los sistemas de control de concentraciones, que un requisito necesario de estos sistemas es que tanto la

¹¹⁶BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, “El control de concentraciones empresariales.”, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>, consultado el 7 de febrero de 2014, p.2.

definición de los umbrales, como de control y concentraciones económicas, deben estar establecidos de forma clara y simple de manera que los agentes económicos puedan determinar sin ninguna dificultad si la transacción es sujeta a control o no.¹¹⁷

En vista de que el control de concentraciones es realizado por agencias de competencia estatales, estos sistemas resultan ventajosos cuando el aparato estatal está dotado del personal suficiente, en cantidad y en conocimiento, para analizar estas operaciones. De manera que los plazos para la aprobación de las operaciones no se extiendan demasiado perjudicando a los agentes y garantizando también que durante la revisión se analizarán de forma correcta todos los aspectos fundamentales para determinar el impacto que tendrá la concentración en el mercado y en el consumidor.

Los sistemas donde el aparato estatal es reducido o no cuentan con el personal suficientemente capacitado para analizar tanto los aspectos legales como económicos de una concentración, no garantizan el análisis adecuado de las operaciones de concentración, por lo que podrían desencadenar en sistemas muy conservadores que rechacen las concentraciones, o al contrario, en sistemas muy liberales donde la mayoría sean aprobadas, por lo que el sistema de control se convertiría en una desventaja, ya que sea que se adopte un control conservador o

¹¹⁷RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Recommended Practices For Merger Notification Procedures.*", disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultado el 25 de febrero de 2014, p.3.

liberal, en cualquiera de los dos casos se perjudicaría el mercado, la competencia y en última instancia el consumidor.

Así lo ha considerado la ICN, quien ha indicado en relación con los plazos, que en virtud de que las concentraciones económicas implican un complejo análisis legal y económico, las agencias deben tomarse el tiempo suficiente para analizarlas con detención. Sin embargo, en vista de que muchos sistemas supeditan el cierre de las transacciones a la aprobación de las autoridades de competencia, el plazo de revisión debe de ser razonable y no excesivo, de forma que puede revisarse con detención la transacción, sin perjudicar a los agentes. Asimismo, el análisis realizado por las agencias debe basarse en la información necesaria, y no recargar a los agentes con costos o solicitudes excesivas o innecesarias. De forma que los requerimientos de información deben ser preparados a la medida de la transacción sin conllevar a excesos.¹¹⁸

De acuerdo con lo indicado anteriormente, podría determinarse que los sistemas de control de concentraciones presentan ventajas o desventajas dependiendo de la estructura a través de la cual el mismo se constituya. De manera que:

- a) Sistemas de control voluntarios o con notificaciones ex – post no cumplen la finalidad preventiva del control de concentraciones, por lo

¹¹⁸RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, “*Recommended Practices For Merger Notification Procedures.*”, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultado el 25 de febrero de 2014, p.7.

que el mercado, competencia y consumidor podría verse igualmente afectado por una concentración.

b) Sistemas con umbrales muy inferiores resultan desventajosos ya que saturan a las autoridades y normalmente son casos que no presentan riesgos anticompetitivos.

c) Sistemas con umbrales muy elevados resultan desventajosos ya que podrían dejar por fuera transacciones que si amenazan la libre competencia y libertad de mercado.

d) Sistemas que permiten el cierre de operaciones antes de la autorización de las autoridades de competencia resultan desventajosos al no cumplir la finalidad preventiva.

e) Sistemas que no permiten el cierre de la transacción hasta la autorización de la autoridad de competencia, pero que no están dotados del personal suficiente para realizar el análisis, resulta desventajoso ya que los plazos se extienden demasiado en perjuicio de los agentes.

f) Sistemas con excesivos requisitos y requerimientos de información resultan desventajosos en virtud de que obstaculizan el sistema y hacen casi imposible su cumplimiento por parte de los agentes a tal extremo que podría considerarse que lo desincentivan.

g) Sistemas que no estén dotados del aparato estatal necesario para ejercer el control, tanto en cantidad de recurso humano como en capacidades y conocimientos de ese recurso, resultan desventajosos ya

que los procedimientos podrían extenderse demasiado o no ser analizados de la forma correcta.

Considerando lo anterior, para que un sistema de control de concentraciones resulte ventajoso para la jurisdicción, debe ser un sistema preventivo y no meramente sancionatorio o correctivo, que responda a las características y economía del mercado que se trate, considerando su tamaño para analizar niveles de concentración y fijación de umbrales. Asimismo, debe evitar tipos legislativos extremadamente abiertos, de manera que los agentes no sepan con certeza si su operación calza o no dentro de los tipos sujetos a control. Adicionalmente se requiere una importante inversión estatal en el campo de la competencia, de manera que las autoridades a cargo tenga suficiente recurso humano con conocimientos necesarios para ejercer el control de concentraciones y que así mismo estén integrados por miembros suficientes de forma que pueda realizarse dentro de plazos razonables.

Adicionalmente, es recomendable es los sistemas de control ex – ante sean complementados con mecanismos de control ex – post, de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las operaciones tanto de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas; como por medio de un análisis retrospectivo que permita sancionar conductas anticompetitivas consolidadas.

Capítulo 3 Control de Concentraciones Económicas en Costa Rica

3.1 Implicaciones del Sistema de Control de Concentraciones Económicas a partir de la Libre Empresa y la Defensa de la Libre Competencia Costarricense

El dinamismo que presenta el mercado en razón de la creciente globalización requiere del control y la regulación de estas actividades económicas, con el propósito fundamental de salvaguardar los principios e intereses derivados, función que debe cumplir el Estado. Al concurrir varios derechos al mismo instante, es necesario realizar una interpretación al respecto de dónde termina cada uno de estos derechos y libertades fundamentales y cuál es el equilibrio en el cual se deben poner en práctica los derechos de manera que no entren en conflicto.

Jofre Arce refiere en su artículo derecho de la competencia que "...la operación sana de una economía de mercado reposa sobre tres elementos esenciales: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia. Para que la economía de mercado opere a favor de la sociedad y no en su contra,

se requiere que ninguno de los elementos mencionados se desnaturalice, pues el bienestar social se vería seriamente comprometido.”¹¹⁹

En el tema que nos ocupa los principales principios y libertades fundamentales que se destacan y deberán salvaguardarse en la aplicación de los sistemas de control de las concentraciones, son la libre empresa y la defensa de la competencia. Por esto, debe analizarse la implicación que conlleva esta figura en la aplicación de estos derechos y cuál de ellos debe sobreponerse sobre el otro al entrar ambos derechos en controversia. Para ello, conviene referirse al concepto de cada uno de estos derechos en razón de realizar posteriormente el análisis de cual derecho debe prevalecer sobre cuál.

El derecho de la competencia es entendido como el mecanismo libre de mercado en cual se fijan los precios de aquellos productos y servicios que se encuentran en oferta y demanda, por parte de los consumidores y la empresa correspondientemente. Como parte del desarrollo de este mercado el derecho de competencia regula los precios de mercado, así como el establecimiento de empresas dominantes en el mismo. Es decir, este derecho “se fundamenta en una premisa esencial: el reconocimiento de que una competencia efectiva constituye el presupuesto sinequanon para la mayor eficiencia en la distribución de recursos y el bienestar general, presentando ventajas para los consumidores, tales como

¹¹⁹ARCE JOFRE Diego, “*Derecho De La Competencia: Control De Concentraciones Bajo La Óptica De Los Mercados Dinámicos*”, Instituto Boliviano de Investigaciones Jurídicas, Bolivia, abril del 2009, disponible en <http://www.eumed.net/ce/2009a/daj.htm>., consultado el 5 de marzo del 2014, p.1.

precios bajos, productos de calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación”.¹²⁰

Por otra parte la libertad de empresa es entendida como la posibilidad de ejercer una libre acción sin que exista una injerencia del Estado. “En el marco de la economía de mercado implica la posibilidad de ejercer la perspicacia para aprovechar oportunidades, por lo que se requiere que pueda entrar libremente en el mercado, obtener la mayor información del mismo, actuar en consecuencia y transmitir dicha información por medio de su acción”.¹²¹

Por las definiciones citadas anteriormente, es que en algunas ocasiones la libre competencia y libre empresa se encuentran en controversia y directo enfrentamiento. En pro de la tutela efectiva de la libre competencia, se considera el peligro de la alteración sustancial de la competencia, la gravedad del perjuicio que pueda causar, y por ello la defensa de la competencia se percibe como un mandato sobre la libre competencia, ya que existe un interés general de la libre competencia que sopesa sobre la libre empresa.

Asimismo lo ha indicado la Unidad Técnica de COMPROCOM, al mencionar que Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no solamente a otros competidores, sino a la

¹²⁰ *Ibid.*, p.1.

¹²¹ *Ibid.*, p.20.

colectividad, de donde surge el derecho de todos a una justa y leal competencia comercial.¹²²

Es por esto que la libre competencia constituye una injerencia en la toma de decisiones por parte de los operadores económicos, ya que surge como una garantía dirigida a la facultad de asegurar la competencia de mercado y como consecuencia una garantía en defensa del consumidor mitigando efectos nocivos que se generen derivados de la falta de limitación que se dé a las empresas, como lo es la reducción de la competencia, mercados sensibles a posiciones dominantes en los que se debe intervenir en aquellos casos que generen un riesgo para la competencia, así como por los efectos que puedan tener.

En temas de concentraciones económicas, no es ajena esta dinámica entre libre competencia y libre empresa. En razón de estos derechos es que a través del control de las concentraciones, el sistema de defensa de la competencia intenta impedir que se produzcan operaciones de concentración que a juicio de las autoridades podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas.

Lo anterior ha sido referido por la Unidad Técnica de COMPROCOM al mencionar que "...la política de promoción de la competencia; elimina y previene

¹²²UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, "El Comercio Internacional y su última frontera: el proceso de competencia.", *Boletín de Competencia número 22, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, Abril del 2000, p.1.*

restricciones al libre juego de la oferta y la demanda, garantizando la posibilidad de que cada empresa pueda introducirse en un mercado en el que no ha operado anteriormente, compitiendo en igualdad de condiciones con las empresas ya instaladas en él, sin que tal acceso se vea obstaculizado por factores diferentes a las condiciones impuestas por el mismo mercado.”¹²³

Sin embargo, como la libre competencia está en enfrentamiento con la libertad de empresa, no se pueden asumir posiciones absolutistas, sino que debe de buscarse un intermedio entre ambos derechos. De conformidad con ello, por medio de las autorizaciones condicionadas en las operaciones de concentración, se consigue ponderar el interés particular de las empresas implicadas y la protección de la competencia en el mercado. Esto por cuanto se basa en el precepto restrictivo de los derechos fundamentales debe respetar la proporcionalidad que incluye el juicio de necesidad o la preferencia de la alternativa menos gravosa para la libertad.

Adicionalmente, tal y como lo indica el licenciado Carlos Oreamuno, “El Control de Concentraciones Económicas se encuentra justificado en el consumidor. Busca un fin, que es proteger al consumidor y, por ello, prima el principio legal en el cual ante una pugna de un interés general, del consumidor como un todo, *versus* un interés particular de dos o más agentes económicos

¹²³UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, “Barreras de Entrada en el proceso de competencia.”, *Boletín de Competencia número 24, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, Junio del 2000, p.1.

involucrados en una transacción en general, debe primar el interés general del consumidor”.¹²⁴

Así, el funcionamiento de una adecuada política de competencia debe de buscar un equilibrio entre la libre empresa y la libre competencia, de manera que los agentes puedan realizar las operaciones que desde una perspectiva económica consideren rentable, sin detrimento del sano mercado y derechos de los consumidores. Pero, de la misma manera, esta libertad empresarial no debe privar sobre el interés estatal de garantizar la libre competencia a través del mantenimiento de mercados con variedad de oferentes y no monopólicos. De forma que debe buscarse en el mercado el equilibrio de derechos permitiendo el desarrollo de ambos de forma balanceada.

3.2 Análisis Constitucional del Sistema de Control de Concentraciones Económicas Costarricense

Si bien el sistema de control de concentraciones económicas no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución costarricense, el derecho constitucional no debe permanecer ajeno al derecho económico y de la competencia, ya que este sí se encuentra contemplado en la Constitución, mediante la protección de derechos y libertades fundamentales citados en el

¹²⁴Anexo I, Entrevista Carlos Oreamuno, Socio Facio & Cañas, San José, Costa Rica, 14 de febrero de 2014.

apartado anterior, así como se evidencia el deseo del legislador de salvaguardar los derechos de los consumidores.

El artículo 46 de la Constitución Política es el que establece de una manera clara la intención del legislador de regular prácticas que generen un perjuicio al mercado y al mismo tiempo establecer la función del estado de regular estas prácticas mediante organismos que apoyen la defensa de los derechos de los consumidores. Así lo refiere Karla Mejías al mencionar que este artículo constitucional plasma "...el derecho a competir por parte del empresario, así como el derecho del consumidor de beneficiarse de la competencia".¹²⁵

En la primera parte de este artículo se nos presenta la prohibición de los monopolios Artículo 46: "*Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.(...)*".¹²⁶

La libertad de empresa es el núcleo esencial de la competencia. A nivel constitucional, por ello, la constitución prohíbe los monopolios que amenacen o restrinjan la libertad de comercio, agricultura e industria. Por ello, parte de esta prohibición de los monopolios el Estado deberá impedir cualquier práctica tendiente a monopolizar el mercado. En nuestra legislación, están prácticas se

¹²⁵MEJÍAS Karla, "Curso Básico sobre competencia.", *Boletín de Competencia número 81, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, marzo del 2005, p.1.

¹²⁶"*Constitución Política de Costa Rica.*", San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., ed. 33, abril de 2010, p. 20.

encuentran reguladas en la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

De conformidad con lo anterior, operaciones que mediante la figura de las concentraciones intenten incurrir en alguna de estas prácticas, se encontrarán restringidas en nuestra constitución. A partir de ello, el Estado se ve en la necesidad de regular esta figura con miras a resguardar este principio constitucional que prohíbe a los monopolios, por lo cual se establece un control a las concentraciones económicas y, de esta forma, mitigar la creación de empresas con tendencias a la creación de oligopolios o monopolios. Algunos autores refieren al tema de manera que se entiende “El objetivo del control de las concentraciones es evitar que mercados competitivos se conviertan en mercados con tendencias monopólicas”.¹²⁷

Seguidamente y como consecuencia de esta relación de mercado y de derecho de competencia, se presentan los afectados directamente por esta relación: los consumidores, a quienes también se les da una protección especial. Dicha protección se establece en el artículo en cuestión: Artículo 46 “...*los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo...*”.¹²⁸ Entre algunos de los derechos

¹²⁷MEJÍAS Karla, “Curso Básico sobre competencia.”, *Boletín de Competencia número 81, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, marzo de 2005, p.1.

¹²⁸*Constitución Política de Costa Rica.*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., ed. 33, abril de 2010, p. 20.

que posee el consumidor, se encuentra la libertad de elección, en función de lo que considere más apropiado para sus intereses, de manera que no se vea limitado por el mercado en función de unos pocos que lo gobiernen y tenga poder sobre la determinación de los precios del mercado. Al referirse, el legislador en este artículo a los consumidores al respecto del tema que ocupa, es evidente el deseo del legislador de proteger al consumidor de aquellas prácticas que vayan en su detrimento.

Por último, en el artículo en mención el legislador establece la creación de organismos que tutelen la defensa de estos derechos: Artículo 46:“...*El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias*”.¹²⁹

Para este propósito se creó la Ley de Promoción de la Competencia y la Defensa Efectiva del Consumidor Ley 7472 y, con ella, la Comisión para Promover la Competencia, como órgano competente para conocer y sancionar en los casos que se procedan prácticas que impidan la libre competencia y entorpezcan el mercado, como es el marco normativo para promover la protección y promoción de una sana competencia en nuestro país.

Es así como desde una raíz constitucional, en materia de control de concentraciones se busca un equilibrio entre la libre empresa con la libre

¹²⁹*Ibid.*, p. 20.

competencia. Por ello, "...la tendencia mundial hacia la apertura económica y la desaparición del Estado proteccionista, ha hecho que los países en desarrollo se preocupen por contar con instrumentos jurídicos que tutelen de manera adecuada, tanto a los agentes económicos que participan en el mercado ofreciendo bienes y servicios, como a los consumidores finales de estos; siendo el Derecho de Competencia y la Protección Efectiva del Consumidor, herramientas clave en dicho proceso".¹³⁰

A partir de lo anterior, es posible determinar que los procesos de control de concentraciones económicas sí poseen un sustento constitucional contemplado en el artículo cuarenta y seis de nuestra Constitución, derivado del interés estatal de evitar el establecimiento de monopolios, así como la tutela equilibrada de la libre empresa y competencia.

3.3 Sistema y Procedimiento de Control de Concentraciones Económicas antes de la reforma

Costa Rica promulgó la Ley de Promoción de la Competencia y la Defensa Efectiva del Consumidor Ley 7472, en el año 1994, con el objeto de proteger los derechos de los consumidores y tutelar el proceso de la libre competencia, para prevenir prácticas que impidan el ejercicio eficiente del mercado. Si bien la

¹³⁰MURILLO Laura, "Generalidades sobre el origen de las normas de competencia en Costa Rica.", *Boletín de Competencia número 80, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio*, San José, Costa Rica, febrero del 2005, p.1.

normativa costarricense ha sido considerada pionera en materia de competencia, en materia de control de concentraciones era deficiente.

Hasta dos mil diez, no existía en Costa Rica ninguna forma de control ex – ante de concentraciones, sino un control ex – post sancionatorio por los efectos negativos que causaba la operación al mercado de conformidad con el artículo doce de la Ley de Promoción de la Competencia. Este sistema ex – post, carecía de un carácter preventivo, ya que su labor era realizar un análisis retrospectivo de la operación, determinar los efectos negativos de la misma y sancionarlos, además de tratar de retrotraerlos, con la dificultad de tratar revertir situaciones consolidadas en el mercado y que han provocado efectos nocivos en el mercado.

Si bien en la mayoría de jurisdicciones se contaba con un procedimiento especial ex – ante para aquellas concentraciones que puedan lesionar la competencia, en la ley de competencia costarricense, adicionalmente al sistema ex – post descrito, solamente existían procesos de control de concentraciones ex – ante para los siguientes sectores regulados por ley especial:¹³¹ Mercado Financiero, Mercado de Valores, Mercado de Pensiones, Mercado de Seguros y Mercado de Telecomunicaciones.

¹³¹“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre de 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el diez de marzo de 2014, p17.

La razón de ser de este control específico es que se trata de operaciones en sectores que prestan servicios de interés público y, por lo tanto, están regulados por una Autoridad (Superintendencia). El interés público de estos servicios radica en que se trata de sectores en los cuales un desequilibrio puede llevar a una crisis estatal, por ejemplo la problemática de que existiera un monopolio en el sector financiero o un monopolio en el sector eléctrico que ocasione la no prestación del servicio, interés público que se encuentra ausente en otros sectores, como las bebidas, comidas rápidas, entre otros.

A partir de tal interés estatal, se necesita autorización e inscripción otorgada por el Superintendente para operar en estos sectores y, por lo tanto, para concentrarse. De acuerdo con la legislación vigente,¹³² las autoridades a cargo de dichos sectores, es decir las respectivas superintendencias, tendrían la obligación de autorizar previamente todas las operaciones de concentración, sin necesidad de que las mismas cumplieran con requisitos adicionales, como, por ejemplo, el alcanzar ciertos umbrales. En los sectores regulados, bastará la realización de la concentración, independientemente de sus características, para ser sujeta a control previo.

Por ejemplo, respecto del sector de Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, desde dos mil ocho, establecía en sus artículos cincuenta y seis y siguientes que previo a realizar una concentración, los operadores deberán

¹³²*Ibid.*, p.17.

solicitar la autorización de la SUTEL, para esta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado para evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones.¹³³

Este control previo especial realizado por las superintendencias, se ve complementado por una labor asesora de la Comisión, ya que una vez recibida la solicitud de autorización por los agentes económicos involucrados, las superintendencias deberían consultar a la Comisión para así confirmar los efectos que dichos procesos de concentración podrían tener a nivel del mercado, específicamente en temas de competencia. La opinión de la Comisión debería ser rendida en un plazo máximo de quince días hábiles, a partir de la solicitud de la Superintendencia.

Según lo indicado por la señora Hazel Orozco, en el análisis de las concentraciones de sectores regulados, la Comisión realiza el mismo análisis que en las operaciones de sectores no regulados, con la diferencia de que los análisis económicos ya se encuentran preparados por las Superintendencias y la Comisión solamente los revisa para emitir su opinión.¹³⁴

¹³³“*Ley General de Telecomunicaciones.*”, San José, Costa Rica, junio de 2008, disponible en http://www.gaceta.go.cr/pub/2008/06/30/COMP_30_06_2008.pdf, consultado el 17 de junio de 2014, p.10.

¹³⁴Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

Es importante notar, que si bien este era el único procedimiento especial ex – ante, en el tema de concentraciones existente en nuestra legislación, presenta el inconveniente de que la opinión rendida por la Comisión no es vinculante, por lo que las superintendencias se encuentran autorizadas para apartarse de su recomendación siempre que se justifique. Esto genera inseguridad jurídica a los agentes económicos, ya que a pesar de autorizada la operación por la Superintendencia respectiva, la Comisión siempre mantiene su facultad de investigar operaciones ex – post, de manera si la Comisión considera que la operación es anticompetitiva y la Superintendencia aún así lo autoriza, la Comisión podría iniciar una investigación ex – post de conformidad con el artículo doce de la Ley. De esta manera, la autorización de la Superintendencia no da seguridad jurídica a los agentes de que su operación no puede ser investigada y sancionada por la Comisión de forma posterior por considerarse anticompetitiva.

De acuerdo con lo indicado por la Comisión, las investigaciones ex - post indicadas en el párrafo anterior podrían realizarse en todos los sectores regulados excepto en el sector de las Telecomunicaciones, ya que según los artículos cincuenta y dos y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones, el tema de Competencia se reservó a la Superintendencia. De esta forma, en investigaciones ex – post en Telecomunicaciones, la Comisión emitiría opinión respecto a la apertura del procedimiento así como la resolución final y la sanción, pero el procedimiento se llevaría ante la Superintendencia. En las demás

Superintendencias, la Comisión se si encuentra autorizada para realizar por ella misma procedimientos de control ex – post. A pesar de ello, cabe señalar que a la fecha la Comisión no ha emitido opiniones en contra de las operaciones de concentración sometidas a consulta.¹³⁵

Fuera de lo anterior, para cualquier operación de concentración que no se encontrara dentro de los sectores regulados, se aplicaba el procedimiento de control ex - post, que analizaba de forma retrospectiva la operación, determinaba los efectos negativos de la misma, sancionaba a los agentes y trataba de revertir los efectos de la operación. Así lo indica el licenciado Carlos Oreamuno, según el cual “La ley inicial de competencia no establecía ni siquiera la posibilidad de notificar previamente. No existía ni siquiera conciencia, al estar en la curva de aprendizaje en temas de competencia. Por lo que el único sistema que existía era el de pedir perdón y no permiso”.¹³⁶

La ley iniciaba por establecer el concepto de concentración, entendido como “...*la fusión, la adquisición del control o cualquier otro acto, en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos con el objeto o efecto de*

¹³⁵ Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco, Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio del 2014.

¹³⁶ Anexo I, Entrevista Carlos Oreamuno, Socio Facio & Cañas, San José, Costa Rica, 14 de febrero de 2014.

*disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados”.*¹³⁷

Como puede verse, las concentraciones prohibidas son aquellas cuyo objeto sea disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia. Así, se refería la ley a conductas que unilateral o en forma coordinada realizarían los agentes económicos a partir de la concentración, con el objeto de desplazar indebidamente a sus competidores, reduciendo considerablemente el número de competidores reales y potenciales en los mercados donde interactúan o poniendo en desventaja a la mayoría de los participantes. Como ejemplo de lo anterior la ley inicial indica las facultades de coordinación o de fijar barreras de entrada o salida en dicho mercado, al ser prácticas que obstaculizan o impiden el proceso de competencia y libre concurrencia.¹³⁸

A nivel de procedimiento, se aplicaba un control ex – post sancionatorio por los efectos negativos que causaba la operación al mercado de conformidad con el artículo doce de la Ley de Promoción de la Competencia. Este sistema ex – post, carecía de un carácter preventivo, ya que su labor era realizar un análisis retrospectivo de la operación, determinar los efectos negativos de la misma y sancionar a los agentes económicos así como tratar de retrotraer los efectos

¹³⁷“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 20 de marzo del 2014, p.8.

¹³⁸*Ibid.*, pp.8-9.

negativos de la operación, con la dificultad de tratar reversar situaciones consolidadas que han provocado efectos nocivos en el mercado.¹³⁹

Como puede verse, el “sistema” de control de concentraciones establecido en la legislación inicial de competencia costarricense, no fomentaba el desarrollo de una cultura sana de competencia a nivel de agentes económicos, así como tampoco evitaba prácticas indebidas. Lo anterior ya que el fin principal de un organismo de competencia no debe ser su carácter sancionatorio, sino encaminar y agilizar el proceso de competencia y de libre concurrencia de los agentes económicos, de manera que el mercado opere en forma transparente, función que no se alcanza con esta legislación inicial.¹⁴⁰

Adicionalmente, el sistema presentaba las siguientes deficiencias:

- a) La ley no estipulaba controles previos cuando una compañía muestra interés en concentrarse, sino que se aplicaba un control ex – post sancionatorio por los efectos negativos que causaba la operación al mercado de conformidad con el artículo doce de la Ley de Promoción de la Competencia. De esta forma, la Comisión debía realizar un análisis retrospectivo de la transacción, determinar los efectos negativos de la misma, sancionar a los agentes económicos y tratar de retrotraer los efectos de la transacción, con la dificultad de tratar reversar situaciones

¹³⁹*Ibid.*, p.8.

¹⁴⁰UNIDAD TÉCNICA DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, “Las Sanciones en la Ley de Competencia.”, *Boletín Informativo* 23, Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, mayo del 2000, p.1.

consolidadas que han provocado efectos nocivos en el mercado. De esta forma, más que un sistema preventivo, era un sistema sancionatorio.

b) El control de concentraciones establecido generaba una inseguridad jurídica a los agentes económicos, ya que una vez finalizada la transacción, no tendrían certeza de su conformidad con la legislación, al estar autorizada la Comisión para investigar en cualquier momento cualquier operación que le generase duda sobre sus efectos competitivos. Lo anterior ha sido indicado por la Unidad Técnica de la Comisión al mencionar que “El establecimiento de una normativa más clara y detallada en relación con las concentraciones facilitaría no solo el trabajo de la Comisión para Promover la Competencia, sino las decisiones de los empresarios que consideran la alternativa de una fusión”.¹⁴¹

c) Se dificulta el acceso a la información por parte de la Comisión, ya que como ningún agente quiere ser sancionado, estos evitan proveer información y no colaboran, de forma que inducía a la resistencia de los agentes y no a su colaboración. Al contrario, en los sistemas ex – ante, como lo que se solicita es un permiso, los agentes económicos son los primeros beneficiados en obtener la autorización, por lo cual fomenta la colaboración y cumplimiento de los agentes al brindar toda la información

¹⁴¹VELAZQUEZ Ana Victoria, “Las Fusiones en Costa Rica y la Ley No. 7 472”, *Boletín de Competencia número 23, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, mayo de 2001, pp.2-3.*

que sea requerida para que su operación sea aprobado. De esta manera se facilita el acceso a la información a favor de La Comisión.

A partir de lo anterior, se observa la necesidad de modificar el procedimiento de control de las concentraciones económicas, ya que el existente no permitía a la Comisión condicionar la concentración, y la sometía a la difícil situación de tener que deshacer algo que ya se ha consumado.¹⁴² Lo anterior, dio lugar a que en el año dos mil diez y dos mil doce, Costa Rica iniciara un procedimiento de reformas en materia de concentraciones económicas, introduciendo la forma de la notificación voluntaria ex - ante y posteriormente un sistema obligatorio ex – ante de control de concentraciones económicas.

3.4 Análisis de casos de Control de Concentraciones Económicas gestionados ante la Comisión para Promover la Competencia de Control bajo la legislación anterior a la reforma: Caso Mabe – Atlas.

El caso Mabe-Atlas es el caso más significativo que se ha presentado en materia de concentraciones económicas durante la vigencia exclusiva del sistema de control ex – post. Por medio de este caso se demuestran las deficiencias de la existencia única de un sistema de control de concentraciones ex – post, ya que lo recomendable es que la jurisdicciones complementen sus sistemas de control ex –

¹⁴²VELAZQUEZ Ana Victoria, "Las Fusiones en Costa Rica y la Ley No. 7 472", *Boletín de Competencia número 23, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, mayo de 2001, pp.2-3.*

post con mecanismos de control ex – ante, de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las operaciones tanto de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas; como por medio de un análisis retrospectivo que permita sancionar conductas anticompetitivas consolidadas.

En el dos mil ocho, solamente existía en Costa Rica el sistema de control ex – post con análisis retrospectivo y carácter sancionatorio. Durante este año, Mabecca, S.A., adquirió la empresa Atlas Eléctrica, S.A., con el objeto de realizar una consolidación estratégica mediante la compra de acciones, la cual correspondió a una concentración económica horizontal, realizada por medio de adquisición.

Luego de realizada la concentración COPROCOM solicitó a la Unidad Técnica de Apoyo que realizara un estudio de mercado de artículos como refrigeradoras, microondas y cocinas, y del estudio derivado de la investigación COPROCOM solicitó la apertura de un procedimiento administrativo contra Atlas y Mabecca.

Como parte del análisis para la determinación del efecto que surtía la concentración en el mercado, se analizaron los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley 7472, para la medición del poder sustancial en el mercado relevante, los cuales se refieren a la participación de los agentes en el mercado,

su capacidad de controlar la oferta, de fijar barreras de entrada o salida y controlar a sus competidores.¹⁴³ Dicho análisis reveló, tal y como lo indica el Voto 07-2011, que “La adquisición realizada lleva a que Mabea obtenga una participación de mercado cercana al monopolio, con pocas probabilidades de entrada para nuevos competidores, lo que coloca a los consumidores del país en una clara situación de desventaja al ver reducidas sus opciones”.¹⁴⁴

Asimismo, se demostró que luego de efectuarse la concentración MABE-ATLAS se generó un desplazamiento de los competidores residuales que quedaron en el mercado. Esto imposibilitó la sustitución del producto por otro bien, ya que se evidenció al respecto de los mercados de cocinas y refrigeradoras que eran mercados altamente concentrados por ambas empresas, es decir estas empresas representaban gran poder en el mercado, y una vez concentradas MABE - ATLAS existió una competencia residual con respecto a esta concentración, lo que hacía que los consumidores se ajustaran a los precios establecidos por ambas empresas.¹⁴⁵

De esta manera, al ser estos productos de consumo necesario en los hogares costarricenses y al no existir un producto sustituto de este producto, ya que no podría pensarse en la idea de una cocina de leña como una opción para el

¹⁴³“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.” San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 20 de marzo del 2014, p.8.

¹⁴⁴Comisión para Promover la Competencia, *Voto-07-2011*, San José, Costa Rica, de las veinte horas de 13 de junio del 2011, § 15 a 17.

¹⁴⁵*Ibid.*, § 237 a 241.

consumidor. Por ello, el consumidor se ve obligado a adquirir el producto, ajustándose a las condiciones establecidas por las empresas concentradas.¹⁴⁶

Así lo refiere Ana Victoria Velásquez, directora de COPROCOM al respecto de la posición ventajosa de la concentración permitió, "...aumentar los precios, especialmente en aquellos mercados, donde prácticamente no existen otros competidores", lo que afecta "...en general a todos los hogares costarricenses, pero en especial a los de menores ingresos".¹⁴⁷

En razón de esto, se determinó mediante la ley que la concentración de ambas empresas provocó un efecto anticompetitivo, el cual resultó en el aumento del poder sustancial, de manera que desplazaron significativamente la competencia. Así se menciona en el Voto 07-2011 "Mabeca compró a su principal y casi único competidor y posteriormente aumentó, significativamente, los precios de los electrodomésticos en los cuales se eliminó la competencia, no así en los electrodomésticos en los que enfrentaba un mayor número de competidores. Lo anterior revela la intención de dañar, impedir o disminuir la competencia en el mercado".

Asimismo, las partes no lograron demostrar, que se tratara de una concentración con motivo de generar un efecto pro competitivo, ya que no existieron beneficios o ganancias como consecuencia de la concentración, por lo

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 187.

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 220.

que no había una razón base que concluyera la necesidad de la concentración. Así se refiere en el Voto07-2011“...las empresas expresaron que su intención era fortalecerse para enfrentar la competencia a nivel global, lo cierto es que no fue acreditado en el expediente la manera en que la concentración iba a mejorar la competitividad de las empresas concentradas”.¹⁴⁸ Por el contrario, según análisis de COPROCOM, Mabe domina prácticamente en solitario el mercado de las cocinas y refrigeradoras “...de cierto tamaño” en Costa Rica, lo que tiene un “impacto negativo” para este mercado y, sobre todo, para los consumidores, ya que el efecto de esta concentración derivó en la conversión a un mercado monopolizado por estas empresas con consecuencias graves para la economía y los consumidores, principalmente, en el volumen de producción y los precios.¹⁴⁹

A partir de lo anterior, se considera a Mabe responsable de la infracción a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley ya citada.¹⁵⁰ Por ello, una vez probada que la concentración correspondía una práctica prohibida se prosiguió a determinar la gravedad de la infracción.

Para fijar el monto de la multa se consideró la intencionalidad de Mabe de comprar a su principal y casi único competidor, lo que permitió un aumento significativo en los precios de los electrodomésticos. Además, se analizó la participación de mercado una vez concentradas ostentando una posición

¹⁴⁸*Ibid.*, § 235 a 243.

¹⁴⁹*Ibid.*, § 270 a 282.

¹⁵⁰*Ibid.*, § 300 a 307.

prácticamente monopólica en los mercados de cocinas eléctricas de 20 pulgadas y cocinas de gas de 20 y 30 pulgadas en los que alcanzan porcentajes prácticamente del 100% de participación en el mercado. Lo anterior lleva a la Comisión a determinar que la concentración indebida reviste gravedad particular, en consecuencia, se impone a Mabecca una sanción equivalente a mil ciento cincuenta y ocho millones setecientos ochenta mil quinientos colones (¢1158780500,00), por la infracción al artículo 16 de la Ley 7472.¹⁵¹

Sin embargo, existió un voto salvado en razón de la multa establecida, ya que no se compartió la tesis de mayoría en relación con el procedimiento de cálculo de la multa. Los señores Stephan Brunner y Katherine Berdugo consideraron que al no contar con los estados financieros de Mabecca del año 2010, se hace necesaria su estimación considerando que en el año 2010 los estados financieros consolidados de Mabecca incluyen las ventas de Atlas Eléctrica S.A., por lo cual debía determinarse mediante la suma de las ventas realizadas por Mabecca y Atlas Eléctrica, S.A., en el año 2007, último año previo a la adquisición, con base en esto se obtiene que las ventas son superiores a la suma de los activos, según sus estados financieros, por lo que conforme al artículo 28, corresponde aplicar como sanción económica el 10% de las ventas. Con base en esto correspondería a Mabecca, una sanción equivalente a ocho mil cuatrocientos

¹⁵¹*Ibid.*, § 430.

diez millones ciento noventa y dos mil colones (¢8410192000,00), por la infracción al artículo 16 de la Ley 7472.¹⁵²

Para ambos comisionados, la multa impuesta por el voto de mayoría resulta evidentemente baja al representar un 18,1% del beneficio obtenido indebidamente por la empresa producto de la infracción. Por lo que se considera contrario a la sana crítica, resultando en una multa benevolente hacia la empresa infractora, dejando erradamente al descubierto aproximadamente un 81,9% de los beneficios ya obtenidos producto de su violación al artículo 16 de la Ley 7472. De esta forma, consideran los comisionados que *“...las sanciones son efectivas cuando llegan a disuadir los comportamientos ilegales y esto va a depender tanto de la probabilidad de detección oportuna de la conducta anticompetitiva, como de la dimensión de la sanción. Consideramos que al no establecer multas representativas y disuasivas de comportamientos monopólicos y altamente nocivos para la economía nacional, riesgosamente impone un precedente permisivo ante futuras conductas de agentes económicos”*.¹⁵³

De lo anterior puede observarse como el voto de los comisionistas es acertado en cuanto que el fin que se busca con las sanciones es generar un impacto en las empresas que afectaron el mercado de forma negativa como consecuencia de la operación. De manera que se puede establecer que de no

¹⁵² *Ibid.*, § 434 a 440.

¹⁵³ *Ibid.*, § 434 a 440.

existir sanciones que logren un efecto disuasorio para empresas grandes como lo es el caso de las empresas aquí analizadas, tal conducta sería lucrativa y la multa no logra ser más que un simple costo.

El tema de la gravedad de las sanciones también fue analizado por la UNCTAD, y se concluyó que en Costa Rica en materia de competencia y sanciones existe un escaso poder disuasorio para las empresas de mayor envergadura y recomendaron incrementar el monto de las multas de acuerdo con la gravedad de las infracciones.¹⁵⁴

Ante esta sanción, se plantea una acción de inconstitucionalidad por parte de Mabeca, en contra de la multa establecida COPROCOM relacionada con el 10% de las ventas, específicamente contra el artículo 28 de la Ley 7472 de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, al ser contrario a la norma constitucional en los artículos 10, 28, 39, 46, 121 inciso 13) de la Constitución Política en virtud de que la normativa impugnada impone sanciones muy onerosas para las empresas sancionadas y ello lesiona el principio constitucional de razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad al permitir a la Comisión imponer sanciones, de acuerdo con la gravedad de la operación sin determinar parámetros objetivos para fijar esta gravedad.¹⁵⁵

¹⁵⁴*Ibid.*, § 434 a 440.

¹⁵⁵Sala Constitucional de la Corte Suprema De Justicia, Resolución número 2013-005692, de las dieciséis horas con veinte minutos del 24 de abril del dos mil 2013, §1 a 6.

La Sala en la Resolución 2013-005692 declaró sin lugar la acción al considerar que la norma no viola los principios citados, ya que las multas se fijan a partir del volumen de ventas, y guardan una relación entre la gravedad de la infracción y la severidad de la multa a partir de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos tutelados.”¹⁵⁶

Así, por medio de este caso, se ejemplifica que el sistema de control de concentraciones sancionatorio y ex – post existente en Costa Rica resultaba ser inefectivo al no proveer a los agentes de seguridad jurídica una vez que su operación ha sido realizada, ya que la Comisión podría proceder a analizar, además de hacer a la Comisión incurrir en una serie de gastos destinados a la “persecución” de operaciones, así como las dificultades de materializar sanciones como la desconcentración, ya que a la fecha, en el mismo caso MABE – ATLAS no se ha hecho efectiva la aplicación de la sanción, a pesar de ser un caso que inició en dos mil ocho y aún al dos mil trece se encontraba bajo análisis de la Sala Constitucional. Lo anterior demostrando la inefectividad del proceso existente que ha hecho tanto a los agentes económicos como a la Comisión incurrir en una serie de gastos y tiempo, sin llegar a ningún resultado.

A partir de lo anterior, lo recomendable es que la jurisdicciones complementen sus sistemas de control ex – post con mecanismos de control ex – ante, de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de

¹⁵⁶*Ibid.*, § 1 a 6.

analizar las operaciones tanto de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas; como por medio de un análisis retrospectivo que permita sancionar conductas anticompetitivas consolidadas.

Por ello, en dos mil diez Costa Rica inició el proceso de reformas en materia de control de concentraciones.

3.5 Justificación y Necesidad de la Reforma

De acuerdo con la situación en Costa Rica anterior a la reforma del año dos mil diez, no existía en Costa Rica ninguna forma de control ex – ante de concentraciones, sino un control ex – post sancionatorio por los efectos que causaba la operación al mercado: que la operación provocara efectos monopolísticos de conformidad con el artículo doce de la Ley de Promoción de la Competencia.

De acuerdo con este sistema, no se contemplaban mecanismos de notificación voluntarios ni obligatorios que le permitieran a los agentes someter a consulta de la Comisión dicha operación. Si bien la ley definía las operaciones de concentración, ello simplemente autorizaba a la Comisión a revisar y sancionar dichas operaciones en caso de que provocaran los efectos monopolísticos, de conformidad con el artículo doce de la Ley.

Como puede verse, este sistema ex – post, carecía de un carácter preventivo, ya que su labor era sancionar y tratar de retrotraer los efectos de las operaciones de concentración ya establecidas en el mercado y que han provocado efectos nocivos en el mercado. De esta manera, el “sistema” existente en materia de concentraciones era un sistema ex – post de tipo sancionatorio y no preventivo. Lo anterior, de acuerdo con lo indicado por la Comisión, constituía una serie de “limitaciones que resultan incompatibles e inconvenientes para alcanzar los objetivos de competitividad, crecimiento económico y bienestar para los consumidores.”¹⁵⁷

Tal y como lo ha indicado la UNCTAD, el sistema aplicable en Costa Rica no permitía el control ex – ante obligatorio de las operaciones de concentración. Siendo la única herramienta disponible a favor de la Comisión la potestad de investigar ex – post las operaciones ya consolidadas. Adicionalmente a ello, una vez finalizada la investigación la Comisión podría ordenar la total o parcial desconcentración, así como aplicar cualquier medida de saneamiento, en caso de considerarla anticompetitiva.¹⁵⁸

Este tipo de “sistemas” presentan el inconveniente de ser ineficientes por su falta de prevención y la dificultad material que presenta la aplicación de las

¹⁵⁷ *Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, “Aprobada la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N 7 472.”, Boletín de Competencia número 153, San José, Costa Rica, Agosto del 2012, p.1.*

¹⁵⁸ *CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Costa Rica.”, Nueva York y Ginebra, 2008, pp. 18, 36.*

sanciones ex - post. En muchas ocasiones es común que las operaciones no fuesen detectadas por la Comisión, por ejemplo si se realizaban por medio de adquisiciones de acciones que no requieren ser publicadas en La Gaceta. Ello inevitablemente dificultaba e incrementaba la labor de la Comisión quien finalmente terminaba en un rol persecuidor o inquisitivo de concentraciones, ya que el sistema le obligaba a buscarlas.

Posteriormente, una vez identificada la transacción ya consolidada en el mercado, se presentaba la dificultad material de aplicar las sanciones, por ejemplo, una desconcentración o suspensión de una operación ya consolidada y establecida en el mercado. Inclusive, en muchas ocasiones la aplicación de la propia sanción podía causar mayores perjuicios que la concentración en sí. De manera que el sistema resultaba incapaz de proteger al mercado y a los consumidores.

En contra de este tipo de sistemas se había pronunciado la UNCTAD en las recomendaciones emitidas a Costa Rica en dos mil ocho mediante la revisión voluntaria de legislación y políticas de competencia, en la cual se recomendó a Costa Rica mudar a un sistema de control de concentraciones ex – ante obligatorio ya que constituye una medida preventiva que elimina las dificultades de desconcentrar o subsanar una operación ya consolidada.¹⁵⁹

¹⁵⁹*Ibid.*, pp. 18, 36.

Adicionalmente, a las deficiencias que presentaba el sistema, Costa Rica se ve influenciada por la tendencia mundial preventiva en materia de control de concentraciones. De acuerdo con esta, países como la Unión Europea, Estados Unidos y España que se han venido añadiendo a las filas de jurisdicciones en las cuales las concentraciones son controladas por mecanismos ex – ante, de manera que operaciones con importancia competitiva deben ser analizadas y autorizadas por la autoridad de competencia de forma previa a su implementación para determinar su competitividad con el mercado.

La tendencia mundial ha determinado que este tipo de mecanismos de control ex – ante, resultan ser los más efectivos en temas de control de concentraciones al ser preventivos. Estos sistemas proveen a los agentes de seguridad jurídica una vez que su operación ha sido aprobada, reducen los costos tanto de los agentes como de las agencias de competencia, ya que de ante mano los agentes sabrán si procede o no la operación, las agencias no deben de destinar tantos recursos a la “persecución” de operaciones, reducen las dificultades de materializar sanciones y garantizan que el mercado y los consumidores se encontraran protegidos al no permitir la consolidación de operaciones que meses después pueden ser declaradas anticompetitivas. Lo anterior había sido indicado por la UNCTAD en su revisión a la legislación de Competencia costarricense realizada en dos mil ocho, al indicar que este tipo de sistemas ha probado ser tan eficiente que, a esa fecha, sesenta de cien agencias

de competencia habían implementado el control obligatorio ex – ante.¹⁶⁰

Tal y como lo indica el licenciado Carlos Oreamuno, “Es conveniente tener un control de concentraciones. La tendencia actual a nivel mundial es que se implementen previamente mecanismos de control, y no como existía en Costa Rica, de forma post. Era una forma de pedir perdón y no permiso...”.¹⁶¹

Tomando en cuenta dichos aspectos, es que Costa Rica inicia un proceso de reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor y su respectivo reglamento. Este proceso es desarrollado en dos etapas: una reforma al reglamento en el año dos mil diez, y otra reforma a la ley y al reglamento en el año dos mil doce. Para efectos de esta investigación, la reforma de relevancia es la de dos mil doce, ya que es a través de la cual se introduce el control obligatorio de concentraciones, sin embargo, a manera de sentar el antecedente, es importante analizar la reforma de dos mil diez.

A partir de lo anterior, Costa Rica desarrolla sistemas de control complementarios: por un lado se mantiene el sistema ex – post, que permite analizar retrospectivamente las operaciones y sancionarlas en caso de que constituyan conductas anticompetitivas consolidadas; y a ello le añade el control ex – ante de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de

¹⁶⁰*Ibid.*, pp. 18, 36.

¹⁶¹Anexo I, Entrevista Carlos Oreamuno, Socio Facio & Cañas, San José, Costa Rica, 14 de febrero del 2014.

analizar las operaciones de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas.

3.6 Análisis de las reformas a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Como se indicó anteriormente, el proceso de reforma costarricense en materia de control de concentraciones se ha desarrollado en dos etapas: una reforma al reglamento en el año dos mil diez en la que se introduce el control voluntario, y otra reforma a la ley y al reglamento en el año dos mil doce, en la que se introduce el control previo y obligatorio. Es importante tomar en consideración que la reforma del dos mil doce empezó a regir a partir del cinco de octubre de dos mil doce, sin embargo el aspecto del control previo de concentraciones empezó a regir a partir del cinco de abril de dos mil trece.

En el año dos mil diez, por medio del Decreto número 36234-MEIC del primero de noviembre de dos mil diez, se introdujo la primera reforma en materia de control de concentraciones por medio de una Reforma Integral al Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Por medio de ella, en sus artículos treinta y cuatro y siguientes, se introdujo en Costa Rica un sistema de control de concentraciones ex – ante de tipo voluntario. Tal y como su nombre lo indica, de acuerdo con este mecanismo los agentes económicos podían someter, previo al cierre, la operación a análisis de la

Comisión para obtener de ella una especie de “garantía” de que la misma no iba a ser considerada anticompetitiva y sancionada de forma posterior.¹⁶²

La introducción de este sistema, fue realizada de conformidad con las recomendaciones emitidas por la UNCTAD a Costa Rica en dos mil ocho, en las cuales se recomendó a la Comisión establecer un proceso de notificación voluntaria. Por medio de este proceso, consideraba la UNCTAD que podría llegar a desarrollarse una estrategia de comunicación y persuasión para que el sector privado voluntariamente se someta a procesos de control de concentraciones, con el fin de dotar a los agentes económicos involucrados de seguridad jurídica.¹⁶³

De acuerdo con esta definición puede verse que el control de concentraciones instaurado, más que un mecanismo insertado para la protección del mercado y del consumidor, operaba en la práctica como un medio de seguridad jurídica a las empresas que se concentraban, ya que como la comunicación era voluntaria, dependía ciento por ciento del arbitrio de los agentes y estos, de someterse al procedimiento, sería por un interés particular, y no por proteger al mercado.

Asimismo, se trataba de un sistema que no fomentaba su cumplimiento, ya que al radicar en un elemento del exclusivo arbitrio de los agentes, estos, en

¹⁶²Decreto 36234-MEIC, *Reforma Integral al Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, San José, Costa Rica, noviembre del 2010, disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75696&nValor3=94000&strTipM=TC, consultado el 7 de marzo del 2014, pp. 23-28.

¹⁶³CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “*Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Costa Rica.*”, Nueva York y Ginebra, 2008, p.48.

muchas ocasiones, podrían valorar arriesgarse a consolidar una operación sin someterse a control, porque no había una obligatoriedad en la ley. Además de ello, podían sopesar las “complicaciones” e inversión de recursos involucrados en la notificación voluntaria versus la posibilidad efectiva de la Comisión de materializar una sanción en este caso en caso de que se omitiese la notificación, muchas veces, resolviendo que era más rentable arriesgarse a la potencial sanción.

Lo descrito en el párrafo anterior se manifiesta en el hecho de que, en los dos años de vigencia de esa reforma solamente una operación fue comunicada, en el caso de la adquisición de Monteverde por Sigma, y fue realizada unos meses antes que entrara a regir la reforma de dos mil doce. No puede pensarse que en el transcurso de dos años solo se diera solamente una concentración en el mercado costarricense, por lo cual puede determinarse que el sistema era ineficiente, no fomentaba su cumplimiento y muchos agentes elegían el riesgo antes que someterse a un procedimiento de forma voluntaria.

En el año dos mil doce, la Comisión llegó a la misma conclusión que fue descrita en el párrafo anterior: la ineficiencia del sistema y la ineffectividad del elemento de voluntariedad. A partir de lo anterior, se procedió con la siguiente recomendación realizada por la UNCTAD: establecer un mecanismo de

notificación y control preventivo de concentraciones económicas.¹⁶⁴ Para ello, se realiza una reforma a la ley por medio del Decreto Legislativo Número 9072, denominada Reforma de la Ley Número 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así como una reforma al Reglamento.

El sistema introducido es un sistema mixto, ya que si bien es obligatorio notificar las operaciones que cumplan con los parámetros de la ley, el control no es totalmente ex- ante, ya que permite notificar la operación dentro de los cinco días siguientes a su cierre, de forma que no tiene un carácter suspensivo sobre la operación, al no ser necesario obtener el visto bueno de la Comisión para proceder con el cierre.

De acuerdo con lo indicado por la señora Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, la introducción de esta reforma responde a que “Las mejores prácticas internacionales han demostrado que el Control de Concentraciones es positivo para el mercado y el desarrollo del país, por lo que la Comisión siempre ha querido adaptar al país para que la competencia sea la más sana y velar por la libre concurrencia de los mercados. De esta manera, al introducir un sistema de control ex – ante tiene una ventaja muy grande en las funciones de la agencia de competencia que es la

¹⁶⁴*ibid.*, p.48.

función preventiva ante los efectos anticompetitivos del mercado. Si ya la práctica y sus efectos se dieron en el mercado, es muy difícil revertir esos efectos. Esa es la ventaja del control previo de concentraciones, evitar el daño antes de que suceda. No es entorpecer el funcionamiento de las empresas, sino permitirlo dentro de los márgenes de la ley y la sana competencia.”¹⁶⁵

Asimismo, lo ha indicado el señor Pierre Horna, Oficial del Programa COMPAL de UNCTAD, según el cual la razón de ser de la reforma se basa en que si bien “La legislación de Costa Rica es pionera en la región Centroamérica en materia de competencia, sin embargo era necesario reformarla para crear un cumplimiento voluntario a la legislación y fomentar el desarrollo de las empresas, de la mano con cánones claros en todas las prácticas que puedan afectar la competencia.”¹⁶⁶

Más aún, en aras de desarrollar más el control de concentraciones, en abril de dos mil catorce, un año después de aprobada la reforma, la Comisión emitió las Guías de Análisis de Concentraciones Económicas, cuyo objetivo es reunir y exponer los principales aspectos que la Comisión tomaría en cuenta para analizar y aprobar las operaciones de concentración, así como brindarle a los agentes un formulario para proceder con la notificación. De acuerdo con lo indicado por el señor David Solano, Presidente de la Comisión, “Las guías buscan que la

¹⁶⁵Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2014.

¹⁶⁶Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Comisión para Promover la Competencia: “*Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas.*”, San José, Costa Rica, 28 de mayo del 2014.

información llegue de forma más sistematizada de forma que el análisis sea más esquematizado y eficiente”.¹⁶⁷

Cabe destacar de que en vista de que los procesos de concentración económica y su control, más allá de un análisis legal requieren un análisis financiero, para que el sistema sea eficiente se requiere que los agentes económicos obligados comprendan el alcance de este fenómeno económico sin ningún tipo de fuerza vinculante. De acuerdo con ello “...las guías desarrollan los conceptos económicos para el análisis de concentraciones, ya que son los conceptos económicos y no legales los que determinan si hay una concentración. No es una guía de procedimientos, sino de elementos económicos”.¹⁶⁸

Las guías representan un proyecto ambicioso de parte de la Comisión, ya que recoge estándares internacionales respecto al análisis de concentraciones económicas a partir de modelos pioneros en el tema, como lo es Estados Unidos y Reino Unido. A pesar de ello, en la práctica la Comisión ha debido flexibilizar la aplicación de los parámetros en aras de mantener la tendencia favorable a las concentraciones, por lo cual su implementación representa a futuro un reto para la Comisión con respecto al análisis y aplicación de los criterios requeridos para el estudio y aprobación de las operaciones de concentración económica.

Cabe destacar que a pesar de la reforma, la Comisión aún mantiene en la

¹⁶⁷ *ibid.*

¹⁶⁸ *ibid.*

reforma el sistema voluntario, en virtud de que según el artículo dieciséis bis, “... **cualquier concentración** podrá ser notificada y sometida a verificación de la autoridad por parte del interesado, previo a que esta se realice...” (*negrita no es del original*). Así, conforme con la estructuración actual de la ley, la Comisión se encuentra autorizada tanto de forma ex – ante como ex – post para la investigación de operaciones de concentración, independientemente de si cumplen o no umbrales. De cumplir con ellos, pueden investigar ex – ante, pero de no alcanzarlos, pueden investigar ex – post.

A partir de lo anterior, Costa Rica mantiene sistemas de control complementarios: por un lado se mantiene el sistema ex – post, que permite analizar, retrospectivamente, las operaciones y sancionarlas en caso de que constituyan conductas anticompetitivas consolidadas; y a ello le añade el control ex – ante tanto obligatorio como voluntario, de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las operaciones de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas. Adicionalmente, se añaden las opiniones rendidas en el caso de sectores regulados.

3.7 Sistema y Procedimiento de Control de Concentraciones Económicas a partir de la reforma de 2012: Umbrales y Sanciones

De conformidad con la Ley de Promoción de la Competencia costarricense

vigente, en la actualidad, los agentes económicos quedan sujetos al procedimiento de control de concentraciones cuando se cumple con los siguientes aspectos:

- a) Definición de concentración.
- b) Participación en el mercado costarricense.
- c) Umbrales.

En relación con la definición de concentración, legislación costarricense ha seguido la influencia extranjera en el sentido que es extensiva a más transacciones que las tradicionales fusiones y adquisiciones, de manera que extiende las operaciones de concentración a cualquier operación en la cual se verifiquen dos elementos fundamentales:

- a) Control.
- b) Unión de agentes anteriormente independientes.

Respecto del control, es importante notar que nuestra legislación lo entiende no solo como adquisición de activos, sino también como capacidades de dirección de un agente sobre otro;¹⁶⁹ de conformidad con la tendencia internacional analizada en los capítulos anteriores. Ello es importante, ya que no necesariamente deberán adquirirse activos para ejercer el control en una concentración como, por ejemplo, el caso de participaciones accionarias que conceden poderes de dirección, pero no disposición de activos; supuesto que no

¹⁶⁹“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.3.

eliminaría la naturaleza de la concentración y, por lo tanto, concede una mayor cobertura al fenómeno.

En relación con la unión, es necesario de que en la concentración se unan agentes económicos independientes o se forme un agente económico bajo el control de los agentes intervinientes.¹⁷⁰ Adicionalmente, la relevancia competitiva se manifiesta en el hecho de que los agentes concentrados deben ser competidores, proveedores o clientes que participan en el mercado, de lo contrario la concentración no sería sujeta del adjetivo “económica” y, por lo tanto, estaría excluida de control. De manera que en Costa Rica, al igual la tendencia mundial, concentraciones entre agentes que no realizan actividad actual o potencial en el mercado, no serían sujetas del control.

Los aspectos anteriores llevan a analizar la figura de los Joint Ventures. De acuerdo con lo indicado por Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, “No necesariamente todos los Joint Ventures quedan fuera del control de concentraciones. El deber de notificación dependerá de las condiciones y la forma en la que se ejecute el contrato, de manera que puede verificarse que verdaderamente la entidad es independiente y no hay adquisición de control. Ello ya que muchas veces se encubren operaciones

¹⁷⁰“Reforma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.3.

de concentración como Joint Ventures. Si la Comisión revisa y determina que era una concentración, y no se notificó, la puede sancionar”.¹⁷¹

De acuerdo con lo anterior, en vista de que la definición de concentración se extiende a cualquier operación en la cual exista control, es posible determinar que a pesar de que los Joint Ventures no están contemplados expresamente, quedarán sujetos al control de concentraciones cuando se realicen entre competidores con el objeto de participar en el mercado, otorgándoles un control sobre el mercado a ambos competidores, ahora socios. *Contrario sensu*, Joint Ventures que no otorgan un control y cuyo objeto no es participar en el mercado, sino por ejemplo cooperar entre sí para alcanzar el desarrollo de determinada tecnología, no estaría sujetos al control de concentraciones de acuerdo con nuestra legislación.

Adicionalmente a dichos elementos, para que se de la participación de la Comisión para Promover la Competencia, de conformidad con el artículo treinta y nueve del Reglamento a la ley, “...se requiere que al menos dos de los agentes involucrados tengan operaciones con incidencia en Costa Rica...”.¹⁷² Este mínimo de agentes responde a que la concentración debe llevar necesariamente a una

¹⁷¹Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo del 2014.

¹⁷²“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.16.

disminución de la competencia en el mercado, y si solo un agente está localizado en el país, no habría disminución de la competencia.

De acuerdo con dicha disposición, el caso de un agente económico extranjero sin presencia local, que utiliza la concentración para incursionar en el mercado costarricense a través de la adquisición de una compañía ya establecida, no estaría sujeto a control en virtud que solamente uno de los agentes tendría operaciones con incidencia en Costa Rica. Además de ello, este supuesto se encuentra excluido, ya que al no tener el adquirente operaciones en Costa Rica, no estaría adquiriendo a un competidor, así excluyendo el potencial perjuicio competitivo que busca evitar el control de concentraciones.

Este mínimo de agentes es el indicador de que necesariamente va darse una reducción en la competencia costarricense, ya que estos dos o más agentes van a pasar a ser controlados por un mismo competidor y van a convertirse en uno solo, por lo tanto, siendo necesaria la intervención de la Comisión. Esta reducción de la competencia no se daría en el caso donde solo un agente tiene presencia local, ya que finalmente seguirá siendo ese mismo agente el que opere en el mercado costarricense, solamente que al cierre de la concentración será propiedad de un agente extranjero no establecido, por ende no competidor.

De cumplirse con la definición de concentración y de tratarse de dos o más agentes con presencia local, finalmente debe cumplirse, con el tercer filtro: los

umbrales. De conformidad con el artículo dieciséis bis de la ley se establecen los siguientes umbrales:¹⁷³

a) Las que la suma total de los activos productivos de todos los agentes económicos involucrados y sus casas matrices exceda treinta mil salarios mínimos.

b) Las que la suma de los ingresos totales generados en el territorio nacional, durante el último año fiscal, de todos los agentes involucrados exceda treinta mil salarios mínimos.

Es importante notar que de acuerdo con los umbrales, también quedan sujetas a control aquellas transacciones que se desarrollen de forma escalonada durante un plazo máximo de dos años.¹⁷⁴ Puede darse el caso de una concentración cuyo perfeccionamiento esté calendarizado de forma escalonada y no inmediata, por múltiples razones, como por ejemplo la estructuración de los recursos, la incursión en el mercado o la disminución de los activos o ingresos a ser valorados. Tomando en cuenta este supuesto, es que la ley establece dicha previsión, de manera que si bien la transacción perfeccionada en cada etapa individual puede no alcanzarlos umbrales, si de forma total los cumple, debe sujetarse al control. Este constituye otro mecanismo establecido en la legislación para evitar la evasión del sistema.

¹⁷³“Reforma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.8.

¹⁷⁴*ibid.*, p.8.

Cabe destacar que en el cómputo de umbrales, se toma en cuenta las casas matrices. Esta inclusión es contraria a las recomendaciones internacionales de la ICN (International Competition Network), ya que según esta institución la práctica recomendada es que los umbrales sean medidos exclusivamente por los activos y patrimonio de los agentes económicos involucrados, sin extenderlo a sus grupos.¹⁷⁵

Esta disposición tiene su ventaja y su desventaja. La ventaja es que no permite a grandes agentes económicos esconderse detrás de alguna de sus pequeñas subsidiarias que no cumpla con los umbrales para así perfeccionar una concentración al margen del control a pesar de que en el fondo será esta casa matriz la que tendrá el control la operación. La desventaja es en el caso de casas matrices con poca o ninguna presencia en el mercado local, pero igualmente establecidas en el país, que podría generar una operación sin relevancia competitiva por las dimensiones de los agentes locales, pero de igual forma sujeta a control al considerar los recursos de la casa matriz. Adicionalmente, de ser el umbral fijado muy bajo, sería fácilmente alcanzado si se incluyen las casas matrices.

La razón de ser de esta previsión, según lo indicado por Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la

¹⁷⁵RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Recommended Practices For Merger Notification Procedures.*", disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2014, p.8.

Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, es porque "...en Costa Rica hay muchas casas matrices de agentes económicos. Sin embargo, es importante notar que las casas matrices que se toman en cuenta son aquellas con incidencia en Costa Rica, entendiendo la incidencia como la presencia de ingresos o activos en el país con la posibilidad de afectar el mercado costarricense posterior a la concentración".¹⁷⁶

La interpretación indicada por la señora Ana Rodríguez respecto de a qué casas matrices son incluidas dentro del cómputo de los umbrales ha sido desarrollado a partir del artículo cuarenta y uno del Reglamento, ya que ello no fue establecido en la ley. Esto ha generado inseguridad jurídica en los agentes económicos extranjeros al no existir criterios claros para determinar si son sujetos o no al control en virtud de la contradicción entre la ley y el reglamento.

Si se analiza el artículo dieciséis bis de la ley, este solamente indica que para el cómputo de los umbrales se toman en cuenta los activos de todos los agentes económicos involucrados y sus casas matrices, sin especificar detalles particulares de las casas matrices. Sin embargo, el artículo cuarenta y uno del reglamento indica que deben de computarse dentro de los ingresos solamente aquellas casas matrices que realicen o hayan realizado actividades en Costa Rica durante dos períodos fiscales previos a la transacción, es decir, aquellas que

¹⁷⁶Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo del 2014.

tengan incidencia en Costa Rica. Y posteriormente, la Comisión ha indicado que la incidencia debe entenderse como la presencia de activos o ingresos en el país, con la posibilidad de afectar el mercado posterior a la concentración.¹⁷⁷

Cómo puede verse, la Comisión ha tratado de solventar por vía de reglamento la contradicción respecto de las casas matrices, ya que, según la ley se interpreta que forman parte del cómputo de los umbrales todas las casas matrices, mientras que por medio de reglamento se indica que solo las que tengan incidencia en el país. Lo anterior lleva a preguntarse cuál de las dos fuentes normativas debe aplicarse, si debe prevalecer la de superioridad jerárquica o la más específica. Asimismo, cabe cuestionarse si es posible agregar a la ley vía reglamento, ya que si bien la finalidad de los reglamentos es desarrollar la ley, cabe la duda de si por medio de él puede crearse normativa que contradiga a la ley, que fue lo que sucedió en este caso. Todo ello, genera inseguridad jurídica en los agentes extranjeros al no haber claridad en los parámetros que deben de considerar para determinar si tienen o no presencia en Costa Rica.

El monto de los umbrales de la mano con la inclusión de las casas matrices en su cómputo, lleva a determinar que estos son relativamente bajos. Si bien es correcto que no existe un mecanismo uniforme para la fijación de los umbrales, ya que los mismos dependen del tamaño de cada economía, en Costa Rica se pueden considerar relativamente bajos; ya que por ejemplo si lo comparamos con

¹⁷⁷*ibid.*

México, sistema modelo de nuestro control, los umbrales están fijados en cincuenta millones de dólares. Asimismo, en Nicaragua y el Salvador, los mismos rondan los setenta y cinco y cien millones de dólares. Además de ello, si se toma en cuenta que en nuestro país se están incluyendo las casas matrices para el cómputo de los umbrales, con un umbral de quince millones de dólares es muy fácil alcanzarlos. Lo anterior presenta el riesgo de que la Comisión se sature de operaciones sin relevancia competitiva, pero que por los bajo de los umbrales cumplen con ellos y deben de reportarse.

Más aún, en vista de que la reforma no incluye procesos sumarios o abreviados como otras jurisdicciones, estos umbrales pueden provocar una revisión completa y gasto de recursos en operaciones que cumplen con los umbrales pero que en la materialidad no presentan amenaza. A partir de lo anterior, la reforma debería de alinearse con las recomendaciones de la INC, según la cual los sistemas de control de concentraciones deberían tener procedimientos de revisión y aprobación expeditas para aquellas operaciones que no presenten dudas competitivas.¹⁷⁸

A partir de lo anterior, podemos determinar que de momento, en tema de umbrales la Comisión se encuentra en un proceso de prueba y error de los mismos; al no existir un mecanismo determinado y certero para fijar el “umbral

¹⁷⁸RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, “*Recommended Practices For Merger Notification Procedures.*”, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2014, p.8.

correcto”. Por ello es recomendable emular el sistema norteamericano, en el cual los umbrales son revisados y ajustados cada año de acuerdo con el crecimiento del producto interno bruto, ya que como se mencionó anteriormente, estamos en presencia de un mercado dinámico y cambiante.

Según lo indicado por Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, en relación con los umbrales, “al momento de la reforma existía una propuesta que se había trabajado con la ayuda de jurisdicciones e instituciones expertas en control de concentraciones, como por ejemplo la ICN. Finalmente, al llegar a la Asamblea Legislativa los parámetros se fijaron de acuerdo con los el tamaño de nuestra economía y mercado, buscando que sean los que tengan más impacto en la economía, de manera que no sean ni muy altos ni muy bajos. Es importante tomar en cuenta que no hay técnica que se diga que el umbral es correcto. Lo que no se puede es jugar el riesgo de que la Comisión se sature de notificaciones que no van a tener ningún impacto en el mercado. A la fecha, los parámetros normados han funcionado bien”.¹⁷⁹

Finalmente, cabe destacar que en Costa Rica, a diferencia de jurisdicciones extranjeras, no se incluyen porcentajes de participación en el mercado para el

¹⁷⁹Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo del 2014.

cómputo de los umbrales. Estos porcentajes presentan el inconveniente de que no en todos los mercados con el mismo porcentaje se puede decir que están concentrados, ya que ello depende sustancialmente del tamaño de dicho mercado y la cantidad de agentes que participen en él. Además, que en virtud del crecimiento o disminución del mercado, también puede aumentar o disminuir este porcentaje de concentración. Por ello, como no se trata de un cálculo estático sino variable y subjetivo de cada mercado, es recomendable analizarlo caso por caso y no considerarlo como uno de los umbrales al cual se sujetan las operaciones.

Asimismo, lo indicó Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, al indicar que este porcentaje se eliminó en la reforma ya que “Las mejores prácticas internacionales recomiendan que incluir porcentajes de participación en el mercado no es el mejor parámetro para fijar umbrales. Puede cumplirse con ese porcentaje y ser insignificante, así como no cumplirlo y tener un impacto fuerte en el mercado”.¹⁸⁰

De cumplirse con los parámetros indicados anteriormente, la operación quedaría sujeta al control obligatorio de concentraciones y los agentes económicos “deberán someter la operación a aprobación de la Comisión de forma previa a su cierre o dentro de los **cinco días hábiles siguientes** a la fecha de suscripción del acuerdo entendida esta como la que suceda primero entre la fecha

¹⁸⁰ *ibid.*,

del convenio final que perfecciona la concentración, o la fecha a partir de la cual la concentración empezó a implementarse en la materialidad” (*negrita no es del original*).¹⁸¹ Asimismo, en relación con las transacciones sucesivas explicadas, este “...plazo correrá a partir de la fecha en que se realice la transacción con la que se alcanza el umbral de notificación”.¹⁸²

De acuerdo con lo anterior, cabe destacar que la reforma permite notificar la operación aún después de su cierre, dentro de los cinco días siguientes. Lo anterior es curioso, ya que la razón de ser de la reforma era buscar mecanismos preventivos y obligatorios que garantizarán que aquellas operaciones con potenciales efectos competitivos en el mercado no se establecieran.

De acuerdo con lo indicado por Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, “la propuesta inicial presentada por la Comisión a la Asamblea Legislativa no permitía el cierre anterior a la notificación. Sin embargo, esta reforma tuvo serias oposiciones de quienes consideraban que el mercado costarricense era muy pequeño por lo que el control de concentraciones podía afectar las negociaciones entre agentes; en el sentido que si el agente “A” se enteraba de la compra del agente “B” por el agente “C”, “A”

¹⁸¹“Reforma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.8.

¹⁸²*Ibid.*, p.8.

podría intervenir, comprar al agente “B” y afectar al agente “C”. Por ello, para evitar el perjuicio entre agentes, se permitió notificar la operación posterior al cierre. Sin embargo, si un agente está invirtiendo la cantidad de dinero que implica una concentración con el entendido de que La Comisión puede negarle la aprobación, normalmente si la operación cierra antes de notificada, es condicionada en los contrato al aval de la Comisión. Adicionalmente, a la fecha ninguna concentración se ha notificado una vez cerrada, o supeditan su perfeccionamiento al visto bueno de la Comisión, ya que los agentes no quieren incurrir en ese riesgo”.¹⁸³

A pesar de que en la práctica, a la fecha este tipo de sistema mixto no ha presentado efectos perjudiciales al mercado, no es el mecanismo óptimo de control de concentraciones, ya que si bien existe un elemento de obligatoriedad, ausente anteriormente en nuestra legislación, el carácter preventivo se disminuye al no tener un efecto suspensivo y permitir notificar posterior al cierre.

Es importante notar que a diferencia de algunas jurisdicciones, en Costa Rica no se establecen ni partes responsables de proceder con la notificación ni se definen momentos a partir de los cuales es procedente la notificación, es decir, a partir de que instancia “previa” puede presentarse la notificación: si se requiere la firma de algún acuerdo, o bastan las negociaciones de buena fe.

¹⁸³Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2014.

En relación con las partes, al no establecer en la legislación sobre cual agente específico recae la obligación de notificar, sino que en el artículo dieciséis de la ley y cuarenta y dos del reglamento indican que “**Todos** los agentes económicos involucrados en la concentración tienen la obligación de notificar; sin embargo, bastará con la notificación realizada por **cualquiera** de ellos”.¹⁸⁴ (*Negrita no es del original*).

En la práctica, se ha interpretado el término “cualquiera” como que todos los agentes con presencia en Costa Rica son responsables de notificar la operación, por lo cual cualquiera de ellos o todos los involucrados de forma conjunta, pueden proceder con la notificación. El no indicar parte responsable, amplía el espectro de agentes legitimados para notificar, facilita el trámite, ya que cualquiera puede realizarla y elimina el relevo de responsabilidad de los agentes “no obligados”, ya que en las operaciones de concentración todos los agentes involucrados tienen participación y por ende deben ser responsables de cumplir con el control. Más aún, en vista de que la responsabilidad recae sobre todos, asimismo, “...la omisión de la notificación generará las consecuencias correspondientes para **todos** los agentes económicos participantes”.¹⁸⁵ (*Negrita no es del original*).

Sin embargo, el no especificar agente económico responsable, presenta el

¹⁸⁴“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.17.

¹⁸⁵*Ibid.*, p.17.

inconveniente de que la resolución puede imponer condiciones o compromisos a agentes que, de manera formal, no son parte del proceso. Por ejemplo, piénsese el caso de notificaciones presentadas por el Vendedor. De imponer condiciones o compromisos, estas se establecerían “en contra” del Comprador (Agente Prevaliente), que es el que va a mantenerse en el mercado. Sin embargo, formalmente al no ser el Comprador el que notifica, no es parte del proceso, de forma que la resolución está obligando a terceros ajenos, de forma contraria a Derecho. En este caso, sería recomendable que la legislación establezca la obligatoriedad ya sea de (i) notificaciones conjuntas; (ii) notificaciones del Comprador, que eventualmente sería el obligado en caso de condiciones.

Al respecto de este tema la Comisión ha indicado que “A la fecha este supuesto no ha ocurrido, porque todas las notificaciones se han presentado de forma conjunta o por el prevaliente. De ocurrir el caso, lo procedente por parte de la Comisión sería integrar el proceso con el agente faltante”.¹⁸⁶

Respecto del momento en el cual procede la notificación, nuestra legislación no establece acuerdos o momentos que pueden “habilitar” el inicio del período a partir del cual se puede notificar. En jurisdicciones extranjeras, como las analizadas en el capítulo segundo, existen supuestos como por ejemplo la firma de una carta de intención o cualquier documento entre agentes económicos que

¹⁸⁶Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco, Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

manifiesten su intención y buena fe de proceder con la concentración, constituyen supuestos habilitantes para marcar el momento, a partir del cual puede procederse con la notificación. En el caso de Costa Rica, como no existe tal disposición, se entiende que los agentes están habilitados para notificar en cualquier momento. El elemento importante por considerar por ellos para definir el tiempo en que se notifica, debe ser si efectivamente, ya se ha determinado proceder con la concentración o si aún se encuentran en una etapa de negociaciones. Ello para no incurrir en una serie de gastos ni hacer incurrir a la Comisión en un proceso de revisión, sobre una operación que aún no es definitiva.

En relación con el contenido de la notificación, de conformidad con el artículo dieciséis de la ley y el artículo cuarenta y cinco del reglamento, los agentes económicos por medio de su representante legal deben proceder por medio de una solicitud escrita dirigida a la Comisión en la que se indique la operación, las partes involucradas, se detalle el mercado, la participación de los agentes, posibles eficiencias, información financiera de las compañías, entre otros.¹⁸⁷

Como puede verse, los requisitos y documentación tienen el objeto de determinar el impacto que tendrá la concentración en el mercado. Sin embargo, no existe en Costa Rica un primer filtro que determine si efectivamente la

¹⁸⁷“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.18.

concentración queda sujeta a control, así como tampoco existe un procedimiento sumario o abreviado para descartar en menores plazos las operaciones en las que es fácil determinar que no presentan riesgos anticompetitivos.

La ausencia de estos dos aspectos posiblemente responde al plazo corto de un mes (prorrogable a tres en casos complejos) que tiene la Comisión para resolver definitivamente el fondo de la operación, sin embargo presenta la problemática de que si equivocadamente un agente considera que es sujeto de control, deberá presentar toda la información indicada arriba, incurriendo en una serie de gastos innecesarios y haciendo incurrir a la Comisión en un análisis innecesario al la operación no cumplir con los parámetros.

Esta falta de examen inicial es contraria a las recomendaciones de la INC, según la cual los requerimientos iniciales de notificación deberían reducirse a la información necesaria para determinar que la operación cumple con los umbrales y podría presentar efectos anticompetitivos, para así definir si se procede con un análisis minucioso o si no es necesario continuarlo.¹⁸⁸

Presentada la documentación, los agentes deben proceder a publicar en un diario de circulación nacional una breve descripción de la concentración con la lista de los agentes económicos involucrados, indicando a los terceros interesados el número de expediente asignado a la notificación. El plazo para realizar la

¹⁸⁸RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, “*Recommended Practices For Merger Notification Procedures.*”, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2014, p.8.

presentación de este aviso, es de tres días contados a partir de realizada la notificación. Vencido ese plazo, los agentes cuentan con tres días naturales para presentar a la Comisión la información y prueba de presentación de dicho aviso.

El objeto de esta publicación es garantizar el acceso a terceros a la noticia de la operación, y así, dentro de los diez días naturales siguientes a su publicación, se les permite aportar a la Comisión la información y prueba pertinente, ya sea a favor o en contra de ella.¹⁸⁹ La desventaja que presenta es que ni la ley ni el reglamento establecen parámetros que legitimen o limiten la intervención de terceros. De manera que cualquier tercero y no necesariamente un agente económico afectado por la operación, puede presentar documentación, lo cual podría llevar a una obstrucción del procedimiento si se da la participación de terceros de mala fe cuyo único propósito es retrasar o dificultar la aprobación de la operación para causarle un perjuicio a uno o varios de los agentes involucrados. Además de ello, llevaría a la Comisión a incurrir en gastos al destinar recursos al análisis de información presentada por cualquier tercero, que puede no ser relevante.

Una vez presentada la notificación, la Comisión realizará una revisión inicial sobre aspectos de formas y cumplimiento de los requisitos, con un plazo diez días

¹⁸⁹“Reforma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.9.

naturales para prevenir la presentación de información que haya sido omitida o estuviera incompleta. Asimismo, durante ese mismo plazo podrá solicitar información adicional, por una sola vez, ya sea que se refiera al mercado relevante, los competidores, o cualquier otra información de interés, siempre que su solicitud y pertinencia se encuentre debidamente fundamentada. Solicitada esta información a los agentes, los mismos tendrán un plazo máximo de diez días naturales para su presentación.¹⁹⁰

En el caso de que la información solicitada para la notificación inicial, o la requerida en forma adicional se presenten de forma incompleta, la Comisión se encuentra autorizada para prevenir por una única vez a los agentes económicos para que la presenten en un plazo de tres días hábiles. Si transcurrido el plazo el agente económico no presenta la información completa, se procederá al archivo del expediente y se tendrá por no presentada la gestión, sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder.¹⁹¹

Adicionalmente a la documentación requerida de forma taxativa por la ley, así como la autorización a la Comisión a solicitar información adicional, la ley también autoriza a los agentes involucrados a presentar cualquier otra información no incluida y la lista pero que sea considerada útil para el análisis de la

¹⁹⁰ *Ibid.*, p.9.

¹⁹¹ "Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.", San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.19.

concentración y, también, se autoriza a la Comisión a solicitar información adicional a cualquier agente económico o tercero, siempre que esta sea necesaria para el análisis de la concentración.¹⁹²

Estos supuestos resultan ventajoso ya que no encasilla el análisis de la operación a un listado taxativo de documentación, sino que permite tanto a la Comisión como a los agentes a analizar cualquier documentación adicional que permita brindar mayor claridad a la concentración, así como a sus implicaciones, de manera que el análisis sea a fondo, comprensivo, extensivo y no limitativo; buscando así mayor certeza y claridad en los efectos de la concentración y, por lo tanto, a su aprobación y rechazo.

Una vez recibida la documentación completa que la Comisión considera necesaria para analizar la operación, esta deberá evaluar si la aprueba, la rechaza o la aprueba sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones. Para llegar a dicha resolución, la Comisión deberá analizar si hay un aumento de poder sustancial que limite la competencia, si se facilita la coordinación o si se daña o disminuye la competencia.¹⁹³ Estos aspectos son considerados las manifestaciones anticompetitivas que puede presentar una concentración, de manera que si la Comisión determina que ninguno de ellos se encuentra presenta

¹⁹²“Reforma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.” San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.9.

¹⁹³*Ibid*, pp.3-4.

en la operación bajo estudio, la misma deberá ser aprobada inmediatamente.

En caso de que se presente uno o alguno de ellos, la Comisión tendrá que evaluar si los mismos pueden ser mitigados por condiciones o eficiencias, si la concentración es necesaria ya sea para alcanzar economías de escala o evitar la salida de agentes o si es beneficiosa para el consumidor.¹⁹⁴ Para realizar este análisis, la Comisión tendrá un plazo de treinta días naturales. Si por los aspectos particulares de la concentración, la Comisión considera que se trata de un caso complejo que requiere mayor análisis, este plazo podrá ser ampliado por una sola vez hasta por sesenta días naturales adicionales. En caso de que transcurran dichos plazos, sin que la Comisión haya emitido pronunciamiento alguno, de conformidad con la ley y el reglamento, la concentración se tendrá por autorizada sin condiciones y sin necesidad de ningún trámite adicional o pronunciamiento.¹⁹⁵

En caso de que la Comisión determine que la concentración genera alguno de los efectos anticompetitivos indicados y que no pueden ser contrarrestados con la propuesta presentada por los agentes, la Comisión debe notificarlo dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, y deberá concederles a los agentes un plazo de diez días naturales para presentar una nueva propuesta. Posteriormente a ello, la Comisión deberá determinar si autoriza la concentración sujeta a las nuevas

¹⁹⁴ *Ibid*, pp.3-4.

¹⁹⁵ "Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.", San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.21.

condiciones o eficiencias señaladas por los agentes; si la autoriza sujeta a nuevas condiciones propuestas por ella misma, caso en el cual deberá conceder a los agentes un plazo de tres días hábiles para manifestar su conformidad o no con las condiciones, y de no pronunciarse se tendrán por no aceptadas; o rechazar del todo la operación al no ser subsanables los efectos anticompetitivos.¹⁹⁶

De conformidad con lo anterior, el plazo máximo que tiene la Comisión para resolver una operación es de noventa días naturales, siendo treinta días naturales el plazo ordinario y sesenta días naturales adicionales en caso de complejidad.¹⁹⁷ Cabe destacar que a la fecha, ni la ley ni el reglamento han definido que debe entenderse por “complejidad”, por lo que no hay parámetros claros bajo los cuales se justifique extender el plazo. De esta manera, bastaría con que la Comisión justifique la extensión del plazo en que la operación es considerada “compleja”, sin entrar a definir dicho término, para que la extensión proceda.

De acuerdo con lo indicado por Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, “...a la fecha La Comisión no ha tenido problemas en cumplir este plazo. En cuatro ocasiones se ha ampliado al máximo permitido por ley, pero finalmente se ha resultado a tiempo o

¹⁹⁶“Reforma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 9072.” San José, Costa Rica, setiembre de 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo de 2014, p.10.

¹⁹⁷*Ibid*, p.9.

antes. Principalmente se ha extendido el plazo en los casos en que por la complejidad de la operación se necesita más información, análisis o colaboración de terceros.”¹⁹⁸

Asimismo, de acuerdo con lo indicado por la señora Hazel Orozco, miembro de la Unidad Técnica de Apoyo, en los casos en los que se han ampliado los plazos, “Se trata de operaciones que requieren un análisis más minucioso. Por ejemplo cuando se trata de dos agentes importantes, que juntos tienen una participación elevada, que hay pocos competidores, barreras altas...entre otros. Es una especie de segunda fase en operaciones que requieren un análisis más detallado”.¹⁹⁹

A pesar de ello, la falta de definición clara del término “complejidad”, de la mano con el recurso limitado humano con el que cuenta la Comisión; lleva a preguntarse si la extensión de plazo por complejidad podría convertirse en una herramienta para conceder más tiempo por falta de recurso humano que no permite realizar los análisis dentro de los treinta días; ya que según lo indicado por Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, a la fecha a pesar de que el control de concentraciones implica una

¹⁹⁸Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2014.

¹⁹⁹Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco, Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio del 2014.

mayor carga laboral para la Comisión, no se ha destinado para ello recursos o personal adicional.²⁰⁰

En virtud de ello, a la fecha la Comisión solamente cuenta con diez personas para el análisis de operaciones de concentración, prácticas monopolísticas y opiniones en sectores regulados. De esta forma los recursos y personal humano de la Comisión no han sido aumentados, a pesar de que con el transcurso del tiempo sus funciones sí lo han sido.

A partir de ello, sería recomendable considerar una extensión a este plazo, ya que tal y como lo indica la señora Hazel Orozco, miembro de la Unidad Técnica de Apoyo, "...si bien a la fecha se ha cumplido con los plazos, en el momento en que la Comisión deba resolver cinco operaciones al mismo tiempo, se dificulta el cumplimiento del plazo por el recurso humano limitado y la amplia carga de trabajo".²⁰¹

Más aún, los plazos fijados por la ley, de la mano con el recurso humano limitado, generan la duda de si las operaciones están siendo analizadas con el detalle y profundidad que se requieren, o si el análisis realizado es más superficial de forma que se cumpla con el plazo establecido. A partir de ello, los plazos fijados deberían seguir el principio de razonabilidad establecido por la INC, de forma que i) concedan a las agencias el tiempo suficiente para investigar y

²⁰⁰Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2014.

²⁰¹Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco, Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

analizar la operación; ii) se resuelvan de la forma más rápida posible tomando en cuenta que sus retrasos puede afectar el cierre de la operación o la suscripción de determinados contratos, así como afectar de forma negativa a los agentes económicos involucrados.

Como puede verse del procedimiento descrito, nuestra legislación adquiere una orientación favorable hacia las concentraciones, en el sentido que la aprobación o rechazo de las operaciones no se da sin conceder a los agentes participación en ello. La regulación concede la oportunidad de proveer condiciones o eficiencias a favor de la operación tanto de forma ex – ante como ex – post a la resolución. Inclusive, el posible rechazo de una operación, de acuerdo a la redacción de la ley, no es la primera opción de la Comisión, ya que antes de su rechazo debe concedérsele a los agentes la posibilidad de mitigarlos, en caso de que no hayan presentado condiciones o eficiencias en el escrito inicial, así como de proveer nuevas opciones en caso de que las presentadas inicialmente no sean suficientes para mitigar los efectos anticompetitivos. De esta manera, se denota la intención del legislador de permitir las operaciones de concentración y solo rechazarles cuando no sea posible mitigar sus efectos tras la valoración de múltiples opciones.

En relación con las condiciones que pueden imponerse para la autorización de una concentración, para reducir los posibles efectos anticompetitivos, estas incluyen la cesión, el traspaso, la licencia o la venta de uno o más de los activos,

derechos, acciones; limitaciones, restricciones u obligaciones a la prestación de determinados bienes o servicios; la modificación de contratos; entre otros.²⁰²

Como puede verse, el objeto de estas condiciones es mitigar los efectos anticompetitivos de la operación de manera que se garantice que la oferta del bien o servicio, el mercado y demás competidores se mantengan en equilibrio. De esta forma, si la posición de dominio del agente concentrado es demasiado fuerte puede mitigarse restringiendo sus operaciones a determinado mercado o si su capacidad de imponer barreras de entrada a sus competidores es muy fuerte, ello se mitiga con la obligatoriedad de prestar determinado servicio.

En relación con las eficiencias, estas son señaladas por los agentes como “beneficios” que presenta la concentración y que contrarrestan los efectos anticompetitivos. De manera que se convierten en a favor de la misma. Es importante notar que no cualquier argumento será una eficiencia, sino que de acuerdo con la doctrina internacional, recogida en el Reglamento a la ley, las eficiencias deben de ser atribuibles a la concentración y demostrables por medio de estudios.²⁰³ Como puede verse, no puede tratarse de un simple argumento o expectativa de efecto que produzca la concentración, sino que las mismas deben ser materializadas y además, deben de ser lo suficientemente fuertes para

²⁰²“Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.22.

²⁰³*Ibid.*, p.22.

contrarrestar los efectos anticompetitivos. De no serlo, la Comisión estaría autorizada para rechazarlas.

A pesar de lo anterior, de acuerdo con lo indicado por la Comisión, la valoración de eficiencias se ha basado en un análisis cualitativo y subjetivo, ya que, en la actualidad, los agentes no presentan estudios sustanciales.²⁰⁴ A partir de ello, es evidente de que de aplicar rigurosamente la ley y el reglamento, es muy difícil probar y aprobar una eficiencia, por lo que la Comisión ha adoptado un análisis más accesible, ya que, de lo contrario, casi ninguna eficiencia podría aprobarse, lo que conllevaría a condicionar o denegar operaciones.

Finalmente, una vez alcanzada la decisión final, en donde se apruebe la concentración inmediatamente, se apruebe sujeta a condiciones indicadas en el primer escrito o posterior al requerimiento de la Comisión, o se rechace del todo la operación, los agentes económicos tendrán derecho a interponer recurso de reconsideración dentro de los tres días siguientes a su notificación ante la misma Comisión. En caso de quedar disconformes con lo resuelto, tendría que continuarse el reclamo en vía contencioso administrativa.²⁰⁵

En relación con las sanciones aplicables, por medio de la reforma la Comisión no solamente se encuentra autorizada para investigar las operaciones de concentración, sino que se encuentra autorizada para sancionar, tanto si se

²⁰⁴Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio del 2014.

²⁰⁵*Ibid.*, p.22.

incumple con la notificación obligatoria ex - ante, como si se incurre en una concentración prohibida al incurrir en una práctica monopolística o anticompetitiva. Para ello, se introduce en esta reforma una serie de sanciones aplicables a dichas conductas.

De acuerdo con la nueva versión de la ley, procederían las siguientes sanciones en caso de incumplimiento:²⁰⁶ (i) La suspensión, la corrección o la supresión de la concentración; la desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado sin autorización previa de la Comisión; (ii) la aplicación de las multas respectivas.

Como puede verse, la Comisión no solamente se encuentra autorizada para investigar en cualquier momento, sino que también el sistema sancionatorio establecido se encarga de garantizar que iniciada una investigación por parte de la Comisión esta cuenta con las herramientas necesarias para sancionar, ya de el listado cubre todas las etapas o elementos de una concentración, al autorizar sanciones por incumplimiento de notificación, por notificación tardía o falsa, en los casos donde no procede una notificación igualmente se sanciona si se incurre en una concentración prohibida, así como incumplir las condiciones o compromisos acordados para la aprobación de la concentración. Inclusive, el régimen sancionatorio va más allá y permite aplicar sanciones tanto a los agentes

²⁰⁶“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 12 de marzo del 2014, p.18.

económicos involucrados como a las personas físicas detrás de ellos.

La opinión actual de la Comisión es que las sanciones no son abusivas ni duplicadas. Según lo indicado por la señora Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, “La sanción monetaria es una sanción por infracción a la ley, mientras que las medidas de desconcentración o similares son las herramientas para corregir el mercado. Por ello, tienen naturalezas distintas. La Comisión busca que el mercado esté sano y para ellos utiliza las herramientas, pero también hay que disciplinar a los agentes que incumplen, y para eso es la multa, una manera del Estado de sancionar. Además, las multas son altas para el país y su costumbre, porque buscan un efecto disuasivo en los demás agentes económicos. Se trata de respetar las leyes y cumplir el efecto disuasivo”.²⁰⁷

De manera que conforme con la estructuración actual de la ley, la Comisión se encuentra autorizada tanto de forma ex – ante como ex – post para la investigación de operaciones de concentración, independientemente de si cumplen o no umbrales. De cumplir con ellos, pueden investigar ex – ante, pero de no alcanzarlos, pueden investigar por notificación voluntaria o de forma sancionatoria ex – post.

²⁰⁷Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo del 2014.

Asimismo, es importante indicar que a partir de la reforma, coexisten en nuestra legislación dos sistemas de control de concentraciones de acuerdo con el mercado involucrado. De esta manera, existe el control de concentraciones “genéricas”, entendidas como aquellas fuera de mercados regulados por ley especial, caso en el cual la autoridad competente será la Comisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley de Promoción de la Competencia; y por otro lado existe el control de concentraciones “específico”, entendido como aquel que es aplicable, exclusivamente, a los sectores regulados por ley especial, caso en el cual la autoridad competente para autorizar la concentración será la respectiva Superintendencia.

Adicionalmente, existen en Costa Rica sistemas de control complementarios: por un lado se mantiene el sistema ex – post, que permite analizar, retrospectivamente, las operaciones y sancionarlas en caso de que constituyan conductas anticompetitivas consolidadas; y, a ello, le añade el control ex – ante de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las operaciones de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas.

Finalmente, en el anexo ocho se detalla por medio de un diagrama de flujos el proceso de control de concentraciones en Costa Rica de acuerdo con lo descrito anteriormente.

3.8 Marco Institucional: Rol de COPROCOM en el Control de las Concentraciones Económicas de acuerdo con la reforma

La Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) es el órgano encargado de controlar las concentraciones económicas. Este fue creado por medio de la Ley de Promoción de la Competencia, como un órgano de máxima desconcentración adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, con el objetivo de conocer y sancionar, cuando proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado.²⁰⁸ Es a partir de esta facultad, que le compete conocer de las operaciones de concentración económica, ya que las mismas pueden constituir un obstáculo a la libre competencia.

Específicamente, en el tema de las concentraciones, la ley le concede a la Comisión las siguientes facultades:²⁰⁹

- a) Investigar la existencia de concentraciones prohibidas; para ello, puede requerir a los particulares y a los demás agentes económicos, la información o los documentos relevantes y sancionar cuando proceda.
- b) Establecer los mecanismos de coordinación para sancionar y prevenir concentraciones.
- c) Autorizar o denegar concentraciones. Para autorizar

²⁰⁸“Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7 472.”, San José, Costa Rica, setiembre del 2012, disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=81764&strTipM=FN, consultado el 20 de marzo del 2014, pp.14-15.

²⁰⁹*Ibid*, p.14-15.

concentraciones podrá imponer las condiciones que considere necesarias para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos o estimular los efectos pro-competitivos.

A partir de dichas facultades, es que la Comisión tiene la legitimación para operar e intervenir en materia de concentraciones económicas. Asimismo, la ley le concede la facultad de requerir información a los agentes, solicitar la participación de terceros e inclusive, se le conceden múltiples herramientas sancionatorias en caso de que se incumpla el marco regulatorio de las concentraciones. Lo anterior, es conforme con las recomendaciones de la ICN, según la cual las autoridades de competencia deben tener la autoridad y herramientas suficientes para la efectiva aplicación del control de concentraciones.²¹⁰

Adicionalmente, en virtud de la especificidad del tema de concentraciones, que requiere más que conocimientos legales, sino también conocimientos económicos para comprender el funcionamiento del mercado y los efectos reales de la concentración en el mercado, la Comisión cuenta con la asesoría de la Unidad Técnica de Apoyo y Asesoría Externa, creada también por la Ley de Promoción de la Competencia, cuyo objetivo es, precisamente, colaborar con la realización de las funciones de la Comisión, incorporando profesionales especialistas en economía y administración, que puedan aportar conocimientos

²¹⁰RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Recommended Practices For Merger Notification Procedures.*", disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2014, p.35.

complementarios capaces de realizar los análisis económicos en temas de concentraciones, monopolios y demás prácticas anticompetitivas.

Con el transcurso del tiempo, la Comisión ha aumentado sus funciones, de manera que a la fecha realizan el análisis de operaciones de concentración, prácticas monopolísticas y opiniones en sectores regulados. A pesar de ello, a la fecha la Comisión solamente cuenta con diez personas para realizar dichos análisis. De esta forma, se encuentra limitada en cantidad de recurso humano.²¹¹ Por ello, deberían seguirse las recomendaciones de la ICN, según las cuales las agencias de competencia deben de contar con personal capacitado y suficiente para realizar el análisis de las concentraciones económicas.²¹²

3.9 Análisis de casos de Control de Concentraciones Económicas gestionados posterior a la reforma

Desde la entrada en vigencia de la reforma de dos mil doce a la fecha, La Comisión ha revisado quince operaciones de concentración, de las cuales once han sido aprobadas sin condiciones, cuatro aún se encuentran en estudio y solamente, en cuatro casos, se ha extendido el plazo a los noventa días, casos en donde se consideró la operación un poco más compleja, por lo que se requería más información. A continuación se realizará una revisión y análisis sobre estos casos.

²¹¹Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo del 2014.

²¹²*Ibid.*, p.35.

Figura 3.1 Operaciones analizadas a partir de la reforma

	Partes	País	Fecha	Mercado	Plazo de Resolución	Características
Adquirente	Sigma Alimentos	México	03/04/2013	Productos Lácteos.	30 días.	Concentración Horizontal. Único supuesto de notificación voluntaria. Supuesto de "failingfirmdefense".
Adquirido	Cooperación Monteverde	Costa Rica		Embutidos.		
Adquirente	Document Management Solutions, S.R.L. (DMS)	Costa Rica	22/04/2013	Almacenamiento y administración de información física y digital.	30 días.	Concentración Horizontal. Primera notificación bajo la reforma.
Adquirido	Archivos Beeche S.A.	Costa Rica				
Adquirente	Industria Cerámica Costarricense, S.A. INCESA.	Costa Rica	07/05/2013	Producción y venta de productos de equipamiento sanitario para cuartos de baño.	60 días.	Concentración Horizontal. Primer caso de extensión de plazo. Primera recomendación de la Comisión a los agentes de abstenerse de conductas anticompetitivas.
Adquirido	Organización Corona.	Colombia				
Adquirente	Ashland Financial Sociedad Anónima.	Panamá	08/05/2013	Comercialización de materiales de construcción y artículos de ferretería al detalle.	30 días.	Concentración Horizontal. Segunda recomendación de la Comisión a los agentes de abstenerse de conductas anticompetitivas.
Adquirido	Corporación Comercial e Industrial El Lagar CR.	Costa Rica				
Adquirente	AgricultoreAdvisory Corp. Sociedad Anónima.	Panamá	08/05/2013	Producción de cemento.	30 días.	Concentración: Por conglomerado. Tercera recomendación de la Comisión a los agentes de abstenerse de conductas anticompetitivas.
Adquirido	Almacenes el Colono DMC S.A	Costa Rica		Producción y comercialización de materiales para la industria de la construcción.		
Adquirente	Centennial Towers CR S.R.L.	Costa Rica	09/08/2013	Arendamiento de espacios en estructuras verticales, para la instalación de dispositivos de telecomunicación inalámbrica.	60 días.	Concentración Horizontal. Segundo caso de extensión de plazo.
Adquirido	Las Torres DCR, S.A.	Costa Rica				
Adquirente	Colgate-Palmolive (Central America) Inc.	Estados Unidos	26/08/2013	Jabón de tocador. Gel de ducha.	90 días.	Concentración Horizontal. Tercer caso de extensión de plazo. Cuarta recomendación de la Comisión a los agentes de abstenerse de conductas anticompetitivas.
Adquirido	Punto Rojo, S.A.	Costa Rica		Gel de lavaplatos. Suavizante de ropa.		
Adquirente	UNOPETROL COSTA RICA Sociedad de Responsabilidad	Costa Rica	18/12/2013	Venta al por menor de combustible en la provincia de Limón y en el cantón de San Carlos.	30 días.	Concentración Horizontal.
Adquirido	Gasolineras varias.	Costa Rica				
Adquirente	BEKAERT IDEAL S.L.	España	16/12/2013	Productos trefilados.	90 días.	Concentración Horizontal. Cuarta extensión de plazo.
Adquirido	Arcelor Mittal Spain Holding, S.L.	España		Productos de acero para el refuerzo del concreto. Alambrón.		
Adquirente	Document Management Solutions DMS.	Costa Rica	28/01/2014	Servicios de almacenamiento y administración de información física y digital.	30 días.	Concentración Horizontal.
Adquirido	MetroArchivos GSI, Sociedad Anónima.	Costa Rica		Servicios de destrucción de documentos. Levantado de indexación de información. Almacenamiento de bienes magnéticos y vía web.		
Adquirente	Sigma Alimentos de Costa Rica, S.A.	Costa Rica	08/04/2014	Comercialización de embutidos.	30 días.	Concentración: Por conglomerado.
Adquirido	Inversiones Arhuaco J&K, S.A. Savi San José de Alajuela S.A.	Costa Rica				

Fuente: Creación propia

De acuerdo con las resoluciones indicadas, para que la Comisión pueda determinar si la concentración surtirá o no efectos anticompetitivos, analiza los siguientes aspectos: (i) Mercado relevante y su estructura; (ii) Posibilidad de coordinación de los agentes; (iii) Barreras de entrada; (iv) Eficiencias. Como podrá verse, dichos elementos varían de operación a operación y deberán ser analizados **TODOS** para determinar si la operación resulta anticompetitiva. De manera que, por ejemplo, una alta cuota en el mercado no siempre conllevará a rechazar la operación, si se ubica en un mercado con poca o ninguna barrera de entrada, o un mercado integrado por poderosos agentes económicos. A continuación se analizarán cada uno de esos aspectos a partir de las resoluciones.

Respecto al mercado relevante y su estructura, en sus resoluciones²¹³ la Comisión ha determinado que la concentración resultará anticompetitiva, dependiendo de si existen o no en el mercado productos sustitutos o zonas geográficas alternas a las que los consumidores puedan trasladarse en caso de un aumento en los precios. Lo anterior lo ha analizado por medio del test del monopolista hipotético (*Small but significant non transitory increase in prices: SSNIP*), que resulta de realizar la siguiente pregunta frente a las operaciones: ¿qué pasaría para los consumidores y competidores si las empresas concentradas aumentan el precio en un 5 o 10%? Si hay productos sustitutos o zonas geográficas alternas que permiten a los consumidores desplazarse a otro

²¹³Comisión para Promover la Competencia, Voto 32-2013, de las dieciocho horas treinta y cinco minutos del 10 de diciembre de 2013, §22 a 24.

producto, o a otra región para adquirir el producto, el aumento de precios no es rentable y serían parte del mercado relevante. De la misma forma, si hay un número suficiente de competidores que pueden participar en el mercado o ubicarse en otras zonas, el aumento de precios no es rentable y también formarían parte del mercado relevante.²¹⁴

En relación con la estructura del mercado, conviene analizar el mercado de lácteos y embutidos, así como el mercado de almacenamiento de documentos. En las adquisiciones en el mercado de productos lácteos y embutidos, puede notarse que SIGMA se ha convertido en un agente dinámico, ya que en un plazo no menor a un año ha adquirido dos agentes económicos en dichos mercados. Lo anterior ya que dichos mercados están fuertemente dominados por dos agentes principalmente, Dos Pinos y Pipasa, de forma que una concentración no conlleva al monopolio, sino que más bien ayuda a disminuir el poder sustancial que ya tiene un agente y competir de forma más efectiva contra él.²¹⁵

Caso contrario, está ocurriendo en el sector de almacenamiento y administración de información física y digital. Como puede verse, la Comisión ha autorizado dos operaciones por DMS. De acuerdo con las cifras de la Comisión indicadas en la resolución, a partir de la adquisición de BEECHE, DMS adquiere una participación en el mercado de 50%, GUARDA DOCUMENTOS un 40% y

²¹⁴ Conferencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Comisión para Promover la Competencia, "*Presentación de Guías de Análisis de Concentraciones Económicas*", San José, Costa Rica, 28 de mayo del 2014.

²¹⁵ Comisión para Promover la Competencia, *Voto 10-2013*, de las dieciocho horas cincuenta minutos del 28 de mayo de 2013, §59.

METRO ARCHIVOS un 5%. Sin embargo, al adquirir METROARCHIVOS, DMS adquiere un 55% del mercado y Guarda Documentos mantiene el 40%.²¹⁶ Lo anterior ocasionó (i) que mercado pasara a estar integrado de cuatro agentes, a dos: DMS y GUARDA DOCUMENTOS; (ii) un HHI de 2525 puntos, indicativo de un mercado altamente concentrado. A pesar de lo anterior, la Comisión ha autorizado las operaciones sin ninguna condición. De esta forma, puede notarse que este mercado es un mercado altamente concentrado en dos agentes solamente, con una reducción sustancial de la oferta y que podrían favorecer la coordinación y fijación de precios o barreras de entrada.

A pesar del HHI elevado, la Comisión consideró, en este caso, que el análisis del HHI no es tan determinante para la decisión final, ya que únicamente se utiliza como un parámetro, complementado con otros elementos de análisis. Por ejemplo al ser este caso un mercado con pocas barreras de entrada, soporta el HHI elevado sin ser anticompetitivo.²¹⁷ A pesar de ello, ya se encuentra ante un mercado integrado por dos agentes, lo que reduce sustancialmente la oferta y podría favorecer la coordinación.

Adicionalmente, al número de competidores y dinamismo en el mercado, para determinarse si la concentración resulta anticompetitiva la Comisión debe analizar la existencia o no de barreras de entrada. Ello será determinado a partir

²¹⁶Comisión para Promover la Competencia, *Voto 11-2013*, de las diecinueve horas quince minutos del 28 de mayo de dos 2013, § 44 a 45.

²¹⁷Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco. Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

de la facilidad y costos que implican para los nuevos agentes económicos ingresar al mercado, como, por ejemplo, la existencia de aranceles o permisos. De esta manera, a mayores barreras de entrada en el mercado, mayores efectos anticompetitivos tendrá la operación. A la fecha, de los mercados analizados por la Comisión, y de acuerdo con las resoluciones indicadas arriba, no se han encontrado suficientes barreras de entrada que hagan a la operación anticompetitiva.

Respecto del tipo de operaciones dadas, puede notarse que hay una prevalencia de operaciones de tipo horizontal, es decir, entre competidores directos o potenciales, ya que estas constituyen el medio más eficiente para competir en el mercado contra grandes agentes. Sin embargo, se han identificado dos operaciones por conglomerado, que deberían ser operaciones entre agentes que no tienen ninguna relación entre sí. No obstante, en el caso SIGMA – ARHUACO – SAVI, tanto SIGMA como SAVI se dedican a la producción y comercialización de embutidos y carnes frescas, e inclusive la transacción se justifica a partir de la finalidad de Sigma de ampliar su portafolio de embutidos, de forma que los agentes se encuentran en el mismo mercado, y no se trataría de una operación por conglomerado, sino horizontal.

En relación con los plazos, se ha dado la prórroga por complejidad en cuatro ocasiones. De acuerdo con lo indicado por Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la

Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, “Principalmente se ha extendido el plazo en los casos en que por la complejidad de la operación se necesita más información, análisis o colaboración de terceros.”²¹⁸

Como se indicó anteriormente, no hay parámetros claros bajo los cuales se justifique extender el plazo. De esta manera, bastaría con que la Comisión justifique la extensión del plazo en que la operación es considerada “compleja”, sin entrar a definir dicho término, para que la extensión proceda. Ante esta situación, es recomendable definir de forma clara los supuestos bajo los cuales una operación debe considerarse compleja.

Adicionalmente, en virtud de que a la fecha la Comisión solamente cuenta con diez personas para el análisis de operaciones de concentración, prácticas monopolísticas y opiniones en sectores regulados, de la mano con el hecho de que los recursos y personal humano de la Comisión no han sido aumentados, a pesar de que con el transcurso del tiempo sus funciones sí lo han sido; sería recomendable considerar una extensión a este plazo, ya que, tal y como lo indica la señora Hazel Orozco, miembro de la Unidad Técnica de Apoyo, si bien a la fecha se ha cumplido con los plazos, en el momento en que la Comisión deba resolver cinco operaciones al mismo tiempo, se dificulta el cumplimiento del plazo

²¹⁸Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2014.

por el recurso humano limitado y la amplia carga de trabajo.²¹⁹

Respecto de condiciones, como puede verse a la fecha no se ha aprobado ninguna concentración sujeta a condiciones. Sin embargo en el caso de las operaciones INCESA – CORONA, ASHLAND – EL LAGAR, AGRICULTURE – EL COLONO, COLGATE – PUNTO ROJO, la Comisión ha recomendado a los agentes mantener una conducta cuidadosa en materia de competencia, y especialmente en la introducción de posibles barreras de entrada para competidores actuales y potenciales, así como el establecimiento de conductas de coordinación; lo anterior en virtud de las altas cuota de participación en el mercado (60% en el caso de INCESA – CORONA, 40% en el caso de ASHLAND – EL LAGAR Y AGRICULTURE – EL COLONO, 50% en el caso de COLGATE – PUNTO ROJO).²²⁰ En estos casos conviene preguntarse por que la Comisión autorizó las operaciones sin condiciones si manifestaban potenciales efectos anticompetitivos, como la imposición de barreras de entrada o conductas de coordinación, a partir de la alta cuota de participación que adquirieron los agentes a partir de la concentración.

Al presentarse potenciales efectos anticompetitivos, lo conveniente hubiese sido condicionar las concentraciones a condiciones que garantizaran que los

²¹⁹Anexo III, Entrevista a Alexander Alvarado y Hazel Orozco, Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, Costa Rica, 17 de junio de 2014.

²²⁰Comisión para Promover la Competencia, *Voto 22-2013*, de las dieciocho horas y cuarenta y tres minutos del 13 de agosto de 2013. Comisión para Promover la Competencia, *Voto 13-2013*, de las diecinueve horas cinco minutos del 18 de junio de 2013.

agentes no pudieran establecer contratos de distribución exclusiva con determinados comercializadores, o fijar precios de forma conjunta, de forma que se garantice la competencia efectiva por parte de agentes más pequeños. Adicionalmente, al ser lo indicado por la Comisión una recomendación, y no una condición, carece de obligatoriedad, por lo cual los agentes podrían no acatarlo, lo cual podría desencadenar una práctica monopolística sancionada ex – post, de acuerdo con el artículo doce de la ley. En este caso, la Comisión no podría alegar que lo había “advertido” y se trataría de efectos que pudieron ser prevenidos mediante el control de concentraciones ex – ante.

De esta forma, es posible notar que la Comisión está adoptando una posición extremadamente favorable a las concentraciones, lo que a largo plazo podría desencadenar en mercados altamente concentrados y anticompetitivos. Lo que hará a la Comisión incurrir en una serie de procedimientos y costos para corregir un daño al mercado que pudo ser evitado con una aplicación de las herramientas condicionantes disponibles en el control de concentraciones.

3.10 Ventajas y Desventajas del nuevo sistema de Control de Concentraciones Económicas

El nuevo sistema de control de concentraciones económicas introducido en Costa Rica, a partir del dos mil doce, resulta un cambio necesario en nuestra normativa, ya que anterior a ello, el sistema de notificación voluntaria resultó

completamente ineficiente. Además de ello, finalmente, con esta reforma Costa Rica se alineó a la tendencia mundial de incorporar en temas de competencia control de concentraciones, y así garantizar un mejor funcionamiento del mercado. A pesar de ello, el sistema introducido también presenta ciertas desventajas y deficiencias. A continuación se analizarán los principales aciertos y desaciertos de la reforma.

Más aún, nuestro sistema de control de concentraciones presenta la ventaja de que coexisten tanto sistemas de control de concentraciones “genéricas”, entendidas como aquellas fuera de mercados regulados por ley especial, caso en el cual la autoridad competente será la Comisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley de Promoción de la Competencia y, por otro lado, existe el control de concentraciones “específico”, entendido como aquel que es aplicable exclusivamente a los sectores regulados por ley especial, caso en el cual la autoridad competente para autorizar la concentración será la respectiva Superintendencia.

Asimismo, existen en Costa Rica sistemas de control complementarios: por un lado se mantiene el sistema ex – post, que permite analizar, retrospectivamente, las operaciones y sancionarlas en caso de que constituyan conductas anticompetitivas consolidadas; y a ello le añade el control ex – ante de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las

operaciones de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas.

En relación con la definición de concentraciones, el sistema resulta ventajoso, ya que la definición es lo suficientemente extensiva para capturar cualquier forma atípica de operación de concentración que busque disfrazarse bajo otro instituto jurídico. De esta forma, independientemente del nombre que los agentes den a sus contratos y operaciones como, por ejemplo, un Joint Venture colaborativo, si se manifiesta en el mercado como una concentración, y despliega efectos de control y unión de agentes, eliminando competencia, será analizada como concentración y estará sometida a control.

A nivel procedimental, el sistema se encuentra debidamente estructurado ya que La Comisión cuenta con la normativa lo suficientemente habilitante para ejercer sus facultades como supervisora y controladora de las operaciones de concentración. De conformidad con la estructura actual de la ley, se le concede a la Comisión las herramientas suficientes para investigar y sancionar cualquier operación de concentración, ya sea de forma preventiva por medio de la notificación obligatoria al cumplir con los umbrales, o de forma ex – post en caso de no cumplir con los umbrales y por ende no ser sujeta al control obligatorio, pero incurrir en una concentración anticompetitiva. Asimismo, se le permite a la Comisión obtener toda la información que requiera para realizar un análisis profundo y minucioso de la operación, de forma que no solo está facultada para

requerir información adicional de los agentes, sino también solicitar la colaboración de terceros con un mejor y mayor conocimiento de mercado. De esta forma se garantiza que la legislación no se vuelva inejecutable.

Finalmente, en relación con las ventajas de la legislación, la orientación costarricense tiene una tendencia favorable hacia las concentraciones, en el sentido que antes de llegar a una aprobación o rechazo se le concede a los agentes la oportunidad de participar en el proceso, de proveer condiciones o eficiencias a favor de la operación antes de que la Comisión emita una resolución definitiva. Más aún, el rechazo definitivo de una operación no es la primera opción de la Comisión, ya que antes debe concederle a los agentes la posibilidad de disminuirlos por medio de eficiencias y condiciones, ya sea en el escrito inicial o antes de resolver, e inclusive si los agentes indicaron condiciones y eficiencias que La Comisión considera que no son suficientes, puede prevenirles para que aporten nuevas e incluso puede la Comisión proponer condiciones a los agentes.

Todo lo anterior debe de suceder de forma necesaria antes de rechazar una operación, de manera que se denota la intención del legislador de permitir las operaciones de concentración y solo rechazarlas cuando no sea posible, de ninguna forma, mitigar sus efectos tras la valoración de múltiples opciones. Tal y como lo indica Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, la intención del control de concentraciones "...es

que sea un proceso de colaboración entre los agentes. La idea no es bloquear el desarrollo, es que las concentraciones fluyan, pero sin afectar al mercado”.²²¹

En relación con las desventajas del sistema es que no es un sistema totalmente ex – ante ni suspensivo de la operación, sino un sistema mixto, ya que se permite el cierre de la operación y su notificación dentro de los cinco días siguientes a su cierre, de forma que no tiene un carácter suspensivo sobre la operación, al no ser necesario obtener el visto bueno de la Comisión para proceder con el cierre. Este carácter disminuye el efecto preventivo del control de concentraciones, ya que no existe un efecto suspensivo y permitir notificar posterior al cierre, de manera que durante este plazo, así como el plazo de análisis de la operación que toma la Comisión, la operación puede ya haberse establecido en el mercado y afectarlo, así como a los consumidores, obligándolos a soportar, por lo menos de forma temporal, una concentración que puede ser anticompetitiva.

Adicionalmente, al no ser el sistema suspensivo ni totalmente ex – ante, hace a los agentes incurrir en una serie de costos y gastos en una operación, que posterior a su cierre puede ser declarada anticompetitiva y podría hacer incurrir a la Comisión en procedimientos y gastos que pueden desencadenar en una orden de desconcentración, con los problemas que conlleva su materialización. Si bien

²²¹Anexo II, Entrevista Ana Eugenia Rodríguez Zamora, Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2014.

los agentes a la fecha no hay cerrado operaciones sin el visto bueno de la autoridad, tienen la posibilidad de hacerlo, por lo que la recomendación sería establecer un sistema totalmente ex – ante, que no permita el cierre de las operaciones sin la autorización de La Comisión, de manera que sea un sistema suspensivo para evitar el riesgo de consolidación de operaciones anticompetitivas.

En relación con los umbrales, los mismos presentan la desventaja de incluir a las casas matrices dentro de los cálculos de los activos e ingresos y no solamente a los agentes involucrados directamente en la operación de concentración, además de la falta de claridad al definir cuáles casas matrices se encuentran sujetas al control. El análisis de casas matrices con poca o ninguna relevancia en el mercado local, pero igualmente consolidadas en el país, podría generar una operación sin relevancia competitiva por las dimensiones de los agentes locales, pero de igual forma sujeta a control al considerar los recursos de la casa matriz. Así, sería recomendable, tal y como lo ha indicado la ICN, que los umbrales solamente consideren a los agentes involucrados directamente en la operación, sin extenderlos a casas matrices que podrían ser totalmente ajenas a la operación.

Asimismo, en el tema de umbrales al incluir a las casas matrices, lleva a determinar que los mismos son relativamente bajos en comparación con otras jurisdicciones como Nicaragua, El Salvador y México. Lo anterior presenta el riesgo de que la Comisión se sature de operaciones sin relevancia competitiva,

pero que por los bajo de los umbrales cumplen con ellos y deben de reportarse. Más aún, en vista de que la reforma no incluye procesos sumarios o abreviados como otras jurisdicciones, estos umbrales pueden provocar una revisión completa y gasto de recursos en operaciones que cumplen con los umbrales pero que en la materialidad no presentan amenaza. A partir de lo anterior, es recomendable emular el sistema norteamericano, en el cual los umbrales son revisados y ajustados cada año de acuerdo con el crecimiento del producto interno bruto, ya que como se mencionó anteriormente, estamos en presencia de un mercado dinámico y cambiante.

A nivel procedimental, el sistema presenta la desventaja que no existe un procedimiento abreviado o sumario que permita el análisis y autorización expedita que a partir de una revisión inicial y preliminar puede determinarse con seguridad que no existe ningún peligro anticompetitivo en la operación. La falta de estas vías provoca una revisión completa y gasto de recursos en operaciones que cumplen con los umbrales pero que en la materialidad no presentan amenaza.

En virtud de que la tendencia ha demostrado que por un tema de seguridad jurídica los agentes económicos han preferido someter sus operaciones a control de la Comisión, a pesar de que tal vez no cumplan con los requisitos de ley, pero con la finalidad de asegurarse que la operación no será sancionada de forma posterior, sería recomendable introducir en la ley este tipo de procedimientos sumarios, de manera que se analicen de forma celera las operaciones sin ninguna

o con poca relevancia y riesgo competitivo, y asimismo se dé una mejor distribución del recurso humano de la Comisión, garantizando que el análisis pormenorizado y detallado de las operaciones se concentre en aquellas que verdaderamente presenten un riesgo anticompetitivo.

Adicionalmente, a nivel procedimental se permite la intervención de terceros a partir de la publicación respectiva de la operación en el Diario La Gaceta, sin embargo la ley es omisa al establecer ningún criterio restrictivo sobre los terceros y su legitimación para intervenir. De manera que cualquier tercero y no necesariamente un agente económico afectado por la operación, puede presentar documentación, lo cual podría llevar a una obstrucción del procedimiento si se da la participación de terceros de mala fe cuyo único propósito es retrasar o dificultar la aprobación de la operación para causarle un perjuicio a uno o varios de los agentes involucrados, ya que la legislación tampoco presenta sanciones para este tipo de intervenciones de mala fe.

Además de ello, esta falta de especificidad respecto a terceros, llevaría a la Comisión a incurrir en gastos al destinar recursos al análisis de información presentada por cualquier tercero, que puede no ser relevante. De esta forma, lo recomendable sería que la ley o el reglamento fijen criterios como, por ejemplo, el interés legítimo, para la intervención de los terceros, interés que debe ser demostrado en el escrito de intervención inicial presentando por dichos terceros, en cuya ausencia se debe rechazar de plano la intervención.

Asimismo, a nivel procedimental existe la desventaja de no establecer obligados a notificar, lo cual puede conllevar a que la resolución pueda imponer condiciones o compromisos a agentes que de manera formal no son parte del proceso. Por ejemplo, en el caso de notificaciones presentadas por el Vendedor donde se imponen condiciones o compromisos en contra el Comprador (Agente Prevaliente), que formalmente no es parte del proceso al no haber presentado la notificación. De forma que la resolución está obligando a terceros ajenos, de manera contraria a Derecho. En este caso, sería recomendable que la legislación establezca la obligatoriedad ya sea de (i) notificaciones conjuntas; (ii) notificaciones del Comprador, que eventualmente sería el obligado en caso de condiciones.

Finalmente, cabe destacar que el sistema costarricense no incluye costos ni gastos para presentar la solicitud de control de la operación ante La Comisión. Es recomendable incluir un costo para presentar la solicitud, ya que es una forma de inyectar recursos a La Comisión de forma que puedan incrementar su recurso humano y así contar con mayor personal como fondos para la investigación y análisis de las operaciones, tanto de concentraciones como de prácticas monopolísticas absolutas y relativas, de manera que se solvente el recurso limitado de la Comisión.

Tratándose de ese tipo de operaciones, es evidente de que los agentes económicos manejan e invierten grandes sumas de dinero en las concentraciones

por lo cual la tendencia internacional establece el pago de este tipo de cuotas, generalmente altas y establecidas a partir del valor de la operación. De forma que es inconcebible que en Costa Rica los agentes destinen parte de su patrimonio a una operación de concentración y que de ese patrimonio no se destine un porcentaje a La Comisión, porcentaje que indudablemente ayudaría al crecimiento y funcionamiento de la misma.

Como puede verse de lo anterior, la reforma introducida en dos mil doce, constituye un paso en la dirección correcta en materia de control de concentraciones; sin embargo, existen algunos aspectos que podrían mejorarse y, posiblemente, conforme transcurra el tiempo sobre este nuevo modelo de control, se verá la necesidad de introducir dichos cambios.

Capítulo 4 El Comportamiento de las Concentraciones Económicas en Costa Rica

4.1 Análisis de las concentraciones económicas en Costa Rica

Uno de los principales argumentos en contra del control de concentraciones es que su aplicación puede conllevar a una disminución en el número de operaciones dadas, así como desincentivar la entrada de recursos extranjeros al país, al considerar los agentes que no es rentable realizar operaciones de concentración en el país si deben ser sometidas a control. Para contrarrestar este argumento, por medio de este apartado se analizará y comparará el número de operaciones de concentración económica en los períodos sin control ex – ante.

Anterior a dos mil diez las concentraciones económicas era extrañas a mecanismos de control ex - ante, lo cual podría incentivar su crecimiento y desarrollo. Es a partir de dos mil diez, con la introducción del control ex – ante voluntario, que pasan a ser controladas de manera que se garantice la libre competencia, por medio de un mercado sano con suficientes oferentes. Este cambio en la legislación podría conllevar a un cambio en el comportamiento de las concentraciones económicas.

En este apartado se analizará el comportamiento de las concentraciones

económicas a partir de dos mil diez, fecha en la que se comienzan a dar cambios en el control de concentraciones y hasta dos mil trece. Adicionalmente se analizarán los casos más relevantes que se han presentado en dicho período; para determinar si el cambio en la legislación de control de concentraciones económicas ha provocado impacto alguno en su comportamiento.

De conformidad con los análisis realizados de forma conjunta por Capital Financial Advisors, Banco de Inversión con presencia en Costa Rica, especialista en asesoría en procesos de fusión y adquisición, y Revista *Summa*; el comportamiento de las concentraciones económicas ha sido creciente: "...en los últimos años América Central y el Caribe han demostrado ser atractivos y dinámicos para las fusiones y adquisiciones. Tan solo en los últimos cuatro años se han llevado a cabo más de trescientas transacciones de fusiones y adquisiciones (...)."²²² Lo anterior principalmente, porque por medio de estas operaciones los agentes económicos han descubierto un mecanismo a través del cual reducir sus costos, aumentar sus ganancias y participar en el mercado, ya sea ampliando su participación o incorporándose a él.

Este crecimiento se ha visto favorecido también por el comportamiento de la economía y factores afines, como lo son la disponibilidad de financiamiento, la variedad de agentes económicos y la apertura a la inversión en los países involucrados. Tal y como lo indica Capital Financial Advisors y Revista *Summa*

²²²"Fusiones y adquisiciones en la región.", Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, diciembre de 2009, p. 3.

“...la creciente actividad del sector es un voto de confianza para la región. Cuando hay dinamismo en el sector, hay una mejor percepción sobre el clima de negocios y perspectivas económicas... Tomando en cuenta factores como las aperturas y privatizaciones de instituciones públicas, el movimiento de algunas industrias, el constante crecimiento económico nacional, la dinámica global y regional (si es época de bonanza o recesión), el nivel de fragmentación (la cantidad de jugadores en el sector), y las facilidades para obtener financiamiento”.²²³

A partir de lo anterior, tomando en cuenta las ventajas que ofrecen estas operaciones, así como los elementos externos favorables que se han dado en el mercado, la actividad de concentraciones económicas ha crecido, y de acuerdo con las estimaciones de los expertos continuará en crecimiento. “La implementación de tratados de libre comercio, la mayor sofisticación de empresas locales, los prospectos de recuperación económica y el clima de negocios que se vive en América Central y el Caribe influirán en que la actividad continúe. Las F&A son una tendencia que vino a establecerse en la región...para quedarse”.²²⁴

Iniciando el análisis, el año dos mil diez, no fue extraño a este fenómeno de crecimiento. En relación con el primer semestre de este año, tal y como lo indican los expertos, “En los últimos ocho meses la actividad de fusiones y adquisiciones se ha mantenido fuerte y activa, demostrando la fortaleza del sector en la región. Las fusiones y adquisiciones en estos últimos ocho meses han mantenido la

²²³ *Ibid.*, p.4.

²²⁴ *Ibid.*, p.10

tendencia dinámica que las ha caracterizado en los últimos años...”²²⁵

Durante este semestre se dieron treinta y cinco operaciones a nivel de América Central y El Caribe. Del total de operaciones, un once por ciento, cuatro operaciones, se dieron en Costa Rica, y estas fueron:²²⁶

a) En enero se dio la adquisición del setenta por ciento del capital accionario de Energías Renovables de Mesoamérica por Globeleg Generation (Reino Unido).

b) En febrero se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de AutoStar por Grupo Kaufmann (Chile).

c) En abril se dio la adquisición del cuarenta y ocho por ciento del capital accionario de Adalta por Emerge (Centroamérica).

d) En junio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de COOPEMEX por Banco Popular (Costa Rica).

Como puede verse de los casos anteriores, si bien la tendencia estaba en crecimiento, a nivel costarricense el primer semestre de dos mil diez inició lento y cauteloso, ya que tan solo un once por ciento del total de las operaciones se dieron en territorio costarricense.

Sin embargo, en el segundo semestre de dicho año, el comportamiento de

²²⁵“Fusiones y adquisiciones”, Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, julio de 2010, p. 22.

²²⁶Ibid., p.23

crecimiento repuntó. De esta forma, las operaciones de concentración económica en dos mil diez se caracterizaron por ser dinámicas, ya que, a pesar de que fue un año de recuperación económica, se anunciaron cuarenta y tres transacciones en América Central y El Caribe. Estas cifras demuestran el crecimiento del sector y cómo las fusiones y adquisiciones se han convertido en una herramienta de creación de valor.²²⁷

Del total de operaciones, un veintitrés por ciento, diez operaciones, se dieron en Costa Rica y se refiere a las siguientes.²²⁸

- a) En julio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de BAC por Grupo Aval (Colombia).
- b) En agosto se dio la adquisición del veintinueve como cinco por ciento del capital accionario de Librería Internacional y Libro Max por Aureos Capital (Reino Unido).
- c) En setiembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de HI Cuvee por FIFCO. (Costa Rica).
- d) En setiembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Vinum Aura por FIFCO (Costa Rica).
- e) En octubre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Pulmitan Liberia por Grupos Caribeños (Costa Rica).

²²⁷"Semestre Dinámico", Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, febrero del 2011, p.60.

²²⁸*Ibid.*, p.61.

f) En octubre se dio la adquisición de Sava (Fiat y Alfa Romeo) por Disitali (Costa Rica).

g) En octubre se dio la adquisición del cincuenta y cinco por ciento del capital accionario de Hospital Clínica Metropolitana por Grupo Montecristo. (Costa Rica).

h) En noviembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de IBP Pensiones por Banco Popular (Costa Rica).

i) En noviembre se dio la adquisición del cincuenta por ciento del capital accionario de Corporación Megasuper por Corporación Olímpica (Colombia).

j) En noviembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Shell Costa Rica por Petróleos Delta (Panamá).

Como puede verse de las cifras anteriores, no solo se dio un aumento en el número de operaciones de concentración en general, sino que a nivel de mercado costarricense, el segundo semestre de dos mil diez se comportó más dinámico y agresivo que el primero, casi triplicando las cifras del primer semestre. Pero, además de ello, es importante destacar que en el segundo semestre, se dio mayor movimiento de capital interno y no extranjero, ya que muchas de las operaciones de concentración se dieron entre agentes locales, como por ejemplo FIFCO y Hi Cuvee y Vinum Aura; y solamente en la minoría tuvieron participación de agentes extranjeros.

Respecto del dos mil once, en su primer semestre la actividad de concentraciones económicas continuó su crecimiento. El número de transacciones reportadas durante los primeros seis meses mostró un repunte del más del veinticinco por ciento con respecto al período anterior, registrando un total de cuarenta y ocho operaciones cuyos montos superan los mil ochocientos trece millones de dólares.²²⁹

A pesar de lo anterior, en el caso de Costa Rica se redujeron el número de operaciones locales, presentándose tan solo un ocho por ciento, cuatro operaciones, las cuales son:²³⁰

- a) En abril se dio la adquisición del sesenta y siete por ciento del capital accionario del Deportivo Saprissa por Grupo Horizonte Morado (Costa Rica).
- b) En abril se dio la adquisición del cincuenta por ciento del capital accionario de Corporación Cefa por Socofar (Chile).
- c) En mayo se dio la adquisición del cuarenta y nueve por ciento del capital accionario de Interbolsa SAF por inversionistas privados. (Costa Rica).
- d) En junio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Pipasa por Cargill (Estados Unidos).

²²⁹"Fusiones y adquisiciones", Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, setiembre de 2011, p. 22.

²³⁰*Ibid.*, p.22.

Como puede verse, a diferencia del primer semestre de dos mil diez, el primer semestre de dos mil once a nivel de América Central y el Caribe inició con fuerte actividad de concentraciones económicas, reportando aproximadamente un veinticinco por ciento más de actividad que el año anterior. A pesar de ello, a nivel costarricense representó también una caída del cincuenta por ciento del semestre inmediato anterior.

El comportamiento descrito es habitual en las concentraciones económicas, ya que los primeros semestres normalmente tienen menor actividad que los segundos, ya que los agentes económicos apenas están iniciando a estimar y proyectar el año que inicia. De esta manera, aún se mantiene la tendencia de crecimiento así como la preferencia de los agentes económicos por este tipo de operaciones, ya que tal y como lo han indicado los mismos representantes de las compañías adquiridas o adquirentes, “Costa Rica es un mercado pequeño y tuvimos que expandirnos a través de adquisiciones. Es la única forma de crecer”.²³¹

Respecto del segundo semestre de dos mil once, los expertos lo han definido como un semestre en ebullición. La actividad de concentraciones observada en los últimos meses confirma el atractivo panorama de negocios que ofrece la región para empresas extranjeras y el uso de esta herramienta para

²³¹RODRIGUEZ Oscar, “Empresarios de Costa Rica le pierden el temor a las fusiones y adquisiciones”. *Periódico La Nación*, San José, Costa Rica, 8 de abril de 2013, disponible en http://www.nacion.com/archivo/Empresarios-Costa-Rica-fusiones-adquisiciones_0_1334266651.html, consultado el 13 de abril del 2014.

crecer y agregar valor a sus accionistas. Se registraron cerca de cuarenta y dos operaciones de fusiones y adquisiciones en la región, que en conjunto totalizaron un valor superior a los mil quinientos millones de dólares.²³²

Específicamente, en Costa Rica, del total de operaciones un veintiún por ciento, nueve operaciones, se dieron en territorio local. Dichas operaciones son las siguientes:²³³

- a) En julio se dio la adquisición de la Franquicia de Burger King por inversionistas privados.
- b) En julio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de la Cartera Hipotecaria de Citi Bank por Banco General (Panamá).
- c) En agosto se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Pet's Market por Grupo Melo (Panamá).
- d) En agosto se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Grupo Texaco por Grupo Terra (Honduras).
- e) En setiembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Datum por Equifax (Estados Unidos).
- f) En octubre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Vastalux por Pintuco (Colombia).

²³² "Actividad en ebullición.", Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, abril del 2012., p. 53.

²³³ *Ibid.*, p.53.

g) En noviembre se dio la adquisición de ITS Infocomunicación por inversionistas privados.

h) En diciembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de CSS Internacional por Securitas (Suecia).

i) En diciembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Corporación Musmani por FIFCO (Costa Rica).

Durante este semestre, si bien el número de operaciones a nivel de Latinoamérica y el Caribe sufrió una leve caída de seis operaciones que representan un doce coma cinco por ciento del total de la actividad, a nivel costarricense se duplicaron las operaciones de concentración en comparación con el semestre anterior.

El primer semestre de dos mil doce ha sido descrito como uno de los períodos con mayor actividad de fusiones y adquisiciones en la región, registrando más de cuarenta y siete transacciones que en su conjunto totalizaron un valor superior a los dos mil setecientos millones de dólares.²³⁴ Asimismo, en este semestre se dieron en el país trece operaciones de concentración, que representan un treinta y tres por ciento del total de la actividad. Este semestre es hasta la fecha el semestre que más operaciones ha reportado tanto a nivel de Latinoamérica y el Caribe como a nivel costarricense.

²³⁴"M&A en movimiento.", Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, noviembre de 2012, p. 22.

En relación con las operaciones que se dieron en Costa Rica, estas fueron las siguientes:²³⁵

- a) En enero se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de HSBC por Davivienda (Colombia).
- b) En enero se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de ATE Costa Rica por Sealed Air Corporation (Estados Unidos).
- c) En febrero se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Saretto por Gessa (Costa Rica).
- d) En febrero se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Salsas Alfaro por Distribuidora Lucema (Costa Rica).
- e) En marzo se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Coopeleche por FIFCO (Costa Rica).
- f) En marzo se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Productos de Concreto por IADC (Costa Rica).
- g) En mayo se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Grupo Kativo por Compañía Global de Pinturas (Colombia).
- h) En mayo se dio la adquisición del dieciocho por ciento del capital accionario de Grupo Financiero Improsa por IFC (Estados Unidos).
- i) En mayo se dio la adquisición del veintiséis por ciento del capital accionario de Grupo Empresarial Sama por Ronda Investment, S.A.

²³⁵ *Ibid.*, p.22.

(Panamá).

j) En junio se dio la adquisición del treinta y cinco por ciento del capital accionario de Mapfre Mundial Holding por Mapfre (España).

k) En junio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Escosa por Eurobau (Costa Rica).

l) En junio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de INS Pensiones por BCR Pensiones (Costa Rica).

m) En junio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de La Murta por Quebrador Ochomogo (Costa Rica).

Como puede verse, en el caso de Costa Rica el primer semestre de dos mil doce, implicó un repunte de casi un cincuenta por ciento de la actividad, en comparación con el semestre anterior. Asimismo, fue un semestre donde se dieron importantes movimientos de capital entre agentes locales, ya que el cincuenta y cuatro por ciento de las operaciones (siete) fueron entre agentes locales.

En el segundo semestre de dos mil doce fue un semestre de caída tanto a nivel latinoamericano y del Caribe como a nivel costarricense, ya que se presentaron treinta y un operaciones de concentración económica, de las cuales solamente tres, un diez por ciento de la actividad, se dieron en territorio costarricense. Las operaciones fueron las siguientes:²³⁶

²³⁶“Finanzas atractivas para los negocios.”, Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, diciembre del 2013, p.23.

- a) En setiembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Gollo por Grupo Unicomer (El Salvador).
- b) En noviembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Infraestructura SDC por Globalvía (España).
- c) En diciembre se dio la adquisición del sesenta por ciento del capital accionario de Global Park por BCR SAFI (Costa Rica).

De conformidad con lo anterior, este semestre representa hasta la fecha el semestre con menor número de operaciones registradas tanto a nivel Latinoamericano y del Caribe, ya que en comparación con el semestre anterior, se dio un decrecimiento de un treinta y cuatro por ciento, dieciséis operaciones menos; así como en decrecimiento de un setenta y siete por ciento, diez operaciones menos, en las operaciones reportadas en Costa Rica.

A pesar de dicha caída, el primer semestre de dos mil trece se dio un leve crecimiento en la actividad de concentraciones económicas, retomando la tendencia creciente. Durante este primer semestre se reportaron treinta y dos operaciones, de las cuales ocho, un veinticinco por ciento, ocho operaciones, fueron en Costa Rica, duplicando el número de operaciones del año anterior.²³⁷

²³⁷“Fusiones y adquisiciones en la región.”, Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, Diciembre de 2009, p. 4.

Las operaciones reportadas en Costa Rica fueron las siguientes:²³⁸

- a) En febrero se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Tucano Resort & Termal Spa por Altara Resorts (Costa Rica).
- b) En febrero se dio la adquisición del treinta y cinco por ciento del capital accionario de Autopistas del Sol por Globalvia (España).
- c) En abril se dio la adquisición del ciento por ciento del capital social de Corporación de Empresas Monteverde por Sigma Alimentos (México).
- d) En abril se dio la adquisición del cincuenta y un por ciento del capital accionario de Interairport Services por Swissport International (Suiza).
- e) En mayo se dio la adquisición de Hoteles Courtyard y Residence Inn por Terranum (Colombia).
- f) En junio se dio la adquisición de El Lagar por Ashland Financial (Panamá).
- g) En junio se dio la adquisición de El Colono por Agriculture Advisory Corp. (Panamá).
- h) En junio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario Bosz Digital por Grupo Publicis (Francia).

Como puede verse, si bien el crecimiento general de concentraciones

²³⁸“Finanzas en movimiento.”, Especial de Fusiones y Adquisiciones, Revista Summa, San José, Costa Rica, noviembre de 2012, p. 23.

durante este semestre es poco en comparación con la caída que se dio, a nivel de mercado costarricense se duplicó la actividad y las operaciones repuntaron. Adicionalmente, es importante indicar que para este semestre ya se encontraba vigente el control ex – ante de concentraciones y aún así, se mantuvo la tendencia al crecimiento.

Finalmente, para el segundo semestre de dos mil trece, se habían reportado treinta y un operaciones de concentración económica. Asimismo, según lo reportado por el periódico El Financiero, durante este se registraron más de treinta fusiones y adquisiciones, por un valor de mil ciento veintisiete millones de dólares aproximadamente.²³⁹ Adicionalmente, del total de operaciones reportadas un treinta y cinco por ciento, once operaciones, se dieron en territorio local.²⁴⁰

A continuación se detallan las operaciones reportadas para este semestre.²⁴¹

- a) En julio se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Coopetacares por Coopealianza (Costa Rica).
- b) En agosto se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Ideal Standard por Organización Corona (Colombia).
- c) En agosto se dio la adquisición del ciento por ciento del capital

²³⁹BRENES QUIRÓS Cesar, “Costa Rica registró más de treinta fusiones y adquisiciones durante dos mil trece.”, Periódico El Financiero, San José, Costa Rica, 15 de diciembre de 2013, disponible en http://www.elfinancierocr.com/negocios/Costa-Rica-registro-fusiones-adquisiciones_0_427157301.html, consultado el 15 de abril del 2014.

²⁴⁰“Finanzas atractivas para los negocios.”, Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, diciembre de 2013, p.23.

²⁴¹*Ibid.*, p.23.

accionario de Punto Rojo por Colgate – Palmolive (Guatemala).

d) En agosto se dio la adquisición del cuarenta y nueve por ciento del capital accionario de Media Gurú por Ibope Media (Brasil).

e) En agosto se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Archivos Beeche por Retrivex (Estados Unidos).

f) En setiembre se dio la adquisición de Compañía Las Torres por Centennial Towers (Estados Unidos).

g) En setiembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Union Pak por UPS Costa Rica (Costa Rica).

h) En setiembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de SEISA Brokerage por UPS Costa Rica (Costa Rica).

i) En octubre se dio la adquisición un porcentaje de la cartera de créditos de Corporación Servivalores por BAC San José (Centroamérica).

j) En octubre se dio la adquisición de Química Publicidad por Saatchi & Saatchi(Guatemala).

k) En noviembre se dio la adquisición del ciento por ciento del capital accionario de Fertilizantes Cafesa y Fertitec por Yara International (Noruega).

De conformidad con el comportamiento de las concentraciones durante cada semestre de cada año analizado, es posible determinar que las concentraciones económicas han presentado una tendencia sostenida al

crecimiento tanto a nivel latinoamericano, el Caribe y Costa Rica. Inclusive, en el año dos mil trece cuando en Costa Rica, ya se encontraba vigente la reforma introduciendo el control obligatorio ex – ante, los números de operaciones reportadas se mantuvieron altos y similares a los años anteriores.

Adicionalmente, es importante indicar que de acuerdo con las operaciones dadas en Costa Rica, en los últimos años un número importante de la inversión y los recursos que ingresan al país provienen de Latinoamérica y el Caribe, y solo una minoría proviene de Estados Unidos y Europa. Así, “... el mercado de fusiones y adquisiciones mostró un dinamismo en los últimos dos años por firmas locales y extranjeras. Los jugadores latinos están más activos, en vez de las compañías estadounidenses y europeas como ocurría generalmente en el pasado”.²⁴² Más aún, “... hay apetito de multinacionales y de corporaciones latinoamericanas de posicionarse en Centroamérica, y usan a Costa Rica y Panamá como vía de acceso”.²⁴³

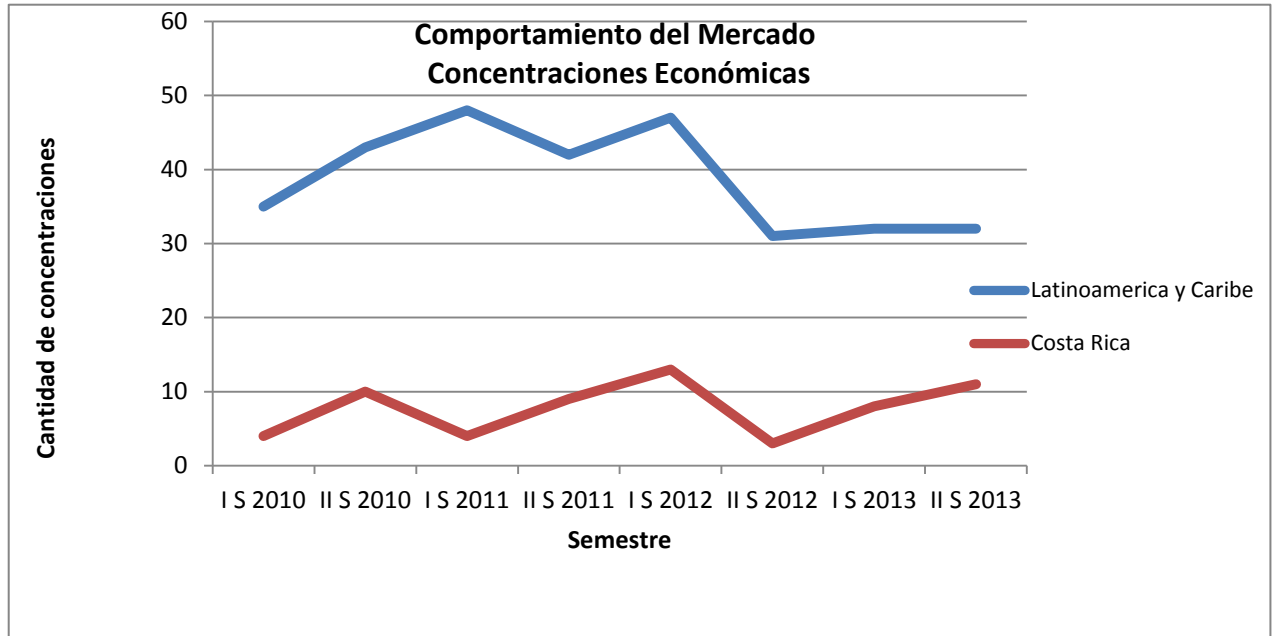
A continuación se resume el comportamiento de las concentraciones a nivel de Latinoamérica y el Caribe, así como a nivel costarricense.

²⁴²RODRIGUEZ Oscar, “Empresarios de Costa Rica le pierden el temor a las fusiones y adquisiciones”. *Periódico La Nación*, San José, Costa Rica, 8 de abril del 2013, disponible en http://www.nacion.com/archivo/Empresarios-Costa-Rica-fusiones-adquisiciones_0_1334266651.html, consultado el 13 de abril del 2014.

²⁴³RODRIGUEZ Oscar, “Empresas de servicios mueven mercado de compras y fusiones.” *Periódico La Nación*, San José, Costa Rica, 12 de marzo del 2014, disponible en http://www.nacion.com/economia/empresarial/Empresas-servicios-mercado-compras-fusiones_0_1401859840.html, consultado el 5 de abril del 2014.

Figura 4.1 Comportamiento de las Concentraciones

Económicas



Fuente: Creación Propia.

De conformidad con lo anterior, es posible estimar que para el dos mil catorce se mantenga la tendencia de crecimiento. Así, lo indicado el periódico El Financiero, según el cual para dos mil catorce, se proyecta igual de activo que el de los años recientes, ello porque la tendencia de una recuperación en los sistemas financiero y de crédito estimula las negociaciones y prepara a las empresas para su futuro crecimiento de mediano y largo plazo.²⁴⁴ Adicionalmente, los agentes económicos han concluido que los procesos de concentración económica constituyen un mecanismo eficiente, adecuado y rentable para su

²⁴⁴BRENES QUIRÓS Cesar, "Costa Rica registró más de treinta fusiones y adquisiciones durante dos mil trece.", Periódico El Financiero, San José, Costa Rica, 15 de diciembre de 2013, disponible en http://www.elfinancierocr.com/negocios/Costa-Rica-registro-fusiones-adquisiciones_0_427157301.html, consultado el 15 de abril de 2014.

incorporación o expansión en el mercado.

4.2 Impacto del control de concentraciones económicas en el mercado costarricense

De acuerdo con el análisis anterior, es posible determinar que las concentraciones económicas en Costa Rica, ha presentado un comportamiento creciente a pesar de la introducción de mecanismos de control ex - ante. De esta forma, su comportamiento se encuentra motivado por factores que van más allá de la existencia o no de legislación de control. Por ello, estos mecanismos tienen poco o ningún impacto en el comportamiento de las concentraciones, salvo aquellos casos en los que el mecanismo de control introducido sea demasiado complejo, formalista y esté orientado a bloquear operaciones. Sin embargo, como puede verse, esta no es la orientación tradicional de los sistemas de control.

Tal y como lo indica Capital Financial Advisors y Revista *Summa*, “La decisión de una compañía para realizar una fusión, adquirir o comprar parte o la totalidad de otra empresa depende de varios factores, pero todos están relacionados con el interés de integrar operaciones y maximizar la rentabilidad. Uno de los factores es obtener mayor liquidez y retornos de la inversión. También, sobresale el interés de formar parte de una empresa más grande, con operaciones regionales o globales. Por otro lado, algunas firmas se interesan en iniciar un proceso de desinversión, en donde el grupo empresarial hace una revisión

estratégica de sus subsidiarias y concluye en concentrarse en alguna línea de negocios específica. Finalmente, hay temas de sucesión familiar donde se decide vender una empresa ante el desinterés o falta de capacidad de los miembros de la familia por continuar con el negocio”.²⁴⁵

De la misma manera, el crecimiento o decrecimiento de las concentraciones económicas se ve determinado por “...la creciente globalización de las economías, por medio de una mayor apertura de sus mercados de bienes, servicios y capitales(...). Cuanto mayor es el tamaño del mercado accesible y abierto a las empresas, mayor tiende a ser el tamaño de estas, bien por fusión, adquisición o desarrollo interno, para intentar ampliar su implantación”.²⁴⁶ De esta forma, al ser las concentraciones económicas precisamente un fenómeno económico, su comportamiento va a ser determinado por factores económicos como lo son la disposición de recursos, financiamiento y apertura comercial; no por factores legales o regulatorios de control, que, finalmente, están orientados, no a bloquear, sino a permitir que las concentraciones se den de la forma más adecuada para el mercado.

Adicionalmente, el control de concentraciones económicas no es un mecanismo novedoso, sino que ha sido aplicado exitosamente en jurisdicciones extranjeras desde hace años sin causar un perjuicio al mercado. De esta manera,

²⁴⁵Revista “Fusiones y adquisiciones en la región.”, Especial de Fusiones y Adquisiciones, *Revista Summa*, San José, Costa Rica, diciembre del 2009, p. 4.

²⁴⁶*Ibid.*, p.4

en legislaciones como Estados Unidos o Europa, estos sistemas se encuentran establecidos desde hace años, de forma que no constituyen novedad alguna, y por ende los agentes se encuentran acostumbrados a ello, sin considerarlos un obstáculo a su inversión.

Además de ello, si bien estos sistemas están orientados a garantizar una sana competencia, en un mercado dinámico y una variedad de agentes económicos; no por ello buscan bloquear operaciones, ya que como se analizó en las jurisdicciones de Estados Unidos, Unión Europea, España; entre otros, aproximadamente, un noventa por ciento de las operaciones son aprobadas directamente; un cinco por ciento son aprobadas sujetas a ciertas condiciones, pero aprobadas al fin y al cabo, y solo un cinco por ciento o menos son rechazadas por ser consideradas anticompetitivas. Más aún, en el caso de Costa Rica, todas las operaciones analizadas han sido aprobadas sin condiciones. De esta forma, demostrando que el objetivo de los mecanismos no es bloquear ni desincentivar la inversión, sino procurar el sano mercado, sin impactar el comportamiento del mercado.

Asimismo, lo indicó el licenciado Carlos Oreamuno, socio de Facio & Cañas, quien no considera el control de concentraciones como un desincentivo a la inversión extranjera y, por lo tanto, no debería afectar el comportamiento del mercado, ya que "...las compañías que invierten en Costa Rica están acostumbradas a este tipo de controles, por lo cual no sería un desincentivo para

ellas. Además, si bien interesa atraer inversión, la ley tiene el objetivo de proteger a los consumidores en el mercado. Cuando se hace un balance de intereses, no es todo o nada. Debe buscarse un balance de forma que el procedimiento no sea tan engorroso para desincentivar la inversión, pero que permita que se cumpla con el objetivo de proteger al consumidor en el mercado. No es escoger blanco o negro, sino encontrar un balance”.²⁴⁷

De esta forma, la legislación de control de concentraciones juega poco o ningún rol o impacto en la decisión de un agente económico de concentrarse y, por lo tanto, en el comportamiento de estas. La protección al consumidor y el mercado introducida por medio del control de concentraciones ex – ante, no desincentiva a la inversión, no hace a Costa Rica una economía menos atractiva para dicho mercado y no afecta de forma alguna las cifras de crecimiento del mercado; sino que es un elemento completamente ajeno a las operaciones de concentración, ya que “Este panorama se mantiene movido a pesar de que, desde el 5 de abril, las empresas deben notificar estos movimientos a la Comisión”²⁴⁸

²⁴⁷ Anexo I, Entrevista Carlos Oreamuno, Socio Facio & Cañas, San José, Costa Rica, 14 de febrero del 2014.

²⁴⁸ BRENES QUIRÓS Cesar, “Costa Rica registró más de treinta fusiones y adquisiciones durante dos mil trece.”, Periódico El Financiero, San José, Costa Rica, 15 de diciembre de 2013, disponible en http://www.elfinancierocr.com/negocios/Costa-Rica-registro-fusiones-adquisiciones_0_427157301.html, consultado el 15 de abril de 2014.

Conclusiones y Recomendaciones

El control de concentraciones económicas costarricense introducido a través de la reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto Legislativo número 9072, es una herramienta necesaria para el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia en el mercado costarricense de forma que las operaciones de concentración no otorguen poder sustancial de mercado, o monopolios. Esta herramienta constituye un mecanismo preventivo, de análisis prospectivo o a futuro respecto a las concentraciones económicas y sus potenciales efectos anticompetitivos. Además de ello, se complementa de forma ex – post con el sistema de análisis retrospectivo sancionatorio, que permite investigar operaciones que están desplegando efectos anticompetitivos en el mercado, sancionar a los agentes responsables y tratar de subsanar la alteración al mercado.

De acuerdo con lo anterior, la ley actual de competencia protege tanto de forma ex ante como ex post la correcta estructura del mercado y la sana competencia, ya que cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no solamente a otros competidores, sino a la colectividad, de donde surge el derecho de todos a una justa y leal competencia

comercial y la necesidad de establecer mecanismos de protección tanto prospectivo como retrospectivos.

A partir de lo anterior, en Costa Rica coexisten en nuestra legislación dos sistemas de control de concentraciones de acuerdo con el mercado involucrado. De esta manera existe el control de concentraciones “genéricas”, entendidas como aquellas fuera de mercados regulados por ley especial, caso en el cual la autoridad competente será la Comisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley de Promoción de la Competencia y, por el otro lado, existe el control de concentraciones “específico”, entendido como aquel que es aplicable, exclusivamente, a los sectores regulados por ley especial, caso en el cual la autoridad competente para autorizar la concentración será la respectiva superintendencia.

Adicionalmente, existen en Costa Rica sistemas de control complementarios: por un lado se mantiene el sistema ex – post, que permite analizar, retrospectivamente, las operaciones y sancionarlas en caso de que constituyan conductas anticompetitivas consolidadas; y a ello le añade el control ex – ante de manera que las agencias de competencia tengan las facultades de analizar las operaciones de forma prospectiva y a futuro, para prevenir la consolidación de situaciones anticompetitivas.

El sistema de defensa de la competencia, por medio del control de concentraciones, intenta impedir que se produzcan operaciones de concentración que a juicio de las autoridades podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. De esta manera, el control de concentraciones económicas cumple con la finalidad preservar las estructuras competitivas de los mercados y evitar los efectos anticompetitivos.

Específicamente, en el caso de monopolios, el control de concentraciones se encarga de evitar que las operaciones de concentración no generen un poder de mercado que pueda generar efectos anticompetitivos por medio de un control de la oferta y el precio de los productos o servicios que brindan, en detrimento del interés general, es decir, del consumidor.

A partir de lo anterior, es posible determinar que no pueden existir jurisdicciones sin algún tipo de control de concentraciones. Al producir las concentraciones, un impacto inevitable en la economía el Estado debe intervenir para controlar aquellas concentraciones que impliquen un impacto negativo en el mercado, en aras de proteger de manera integral los intereses de todos componentes de la cadena productiva y consecuentemente en el interés público. Por medio de este mecanismo de control, el Estado se encarga de preservar las estructuras competitivas de los mercados, por medio de políticas de supervisión,

que buscan un equilibrio en el mercado, de forma que la concentración no genere efectos negativos en el mismo.

Asimismo, mediante el control se procura la tutela de la competencia y el correcto funcionamiento del mercado y es a partir de dicha finalidad que es posible determinar que no es sostenible una economía, sin algún tipo de control, ya que son indispensables para el manejo adecuado de los mercados como parte del nuevo régimen competitivo, como un mecanismo protector del mercado y el consumidor.

Adicionalmente, se concluye que el control de concentraciones no limita libertad empresa ni desincentiva la inversión, sino que es una figura que permite a las empresas generar alianzas que fortalezcan o permitan a estas permanecer en el mercado de la mano con los intereses del Estado. Esta figura brinda una solución a muchos agentes económicos de operar en conjunto para competir de manera eficiente en el mercado sin que ello implique una limitación de la libre empresa, ya que responde al interés superior estatal de velar por la sana competencia y garantizarle al consumidor que los precios y la oferta serán fijados de forma imparcial por el propio mercado, y no manipulado por agentes económicos.

De conformidad con lo anterior, en vista de que la libertad empresarial no debe privar sobre el interés estatal de garantizar la libre competencia por medio

del mantenimiento de mercados con variedad de oferentes, y no monopólicos, el control de concentraciones se encarga de ponderar el interés particular de los agentes económicos con el interés del Estado de protección de la competencia en el mercado.

Asimismo, se concluye que el control de concentraciones económicas no constituye un mecanismo inconstitucional, ya que este sí se encuentra contemplado en la Constitución Política. El artículo 46 de la Constitución Política establece de una manera clara la intención del legislador de regular prácticas que generen un perjuicio al mercado, derivado del interés estatal de evitar el establecimiento de monopolios, así como la tutela de la libre empresa y competencia. Al mismo tiempo, este artículo establece la función del Estado de regular estas prácticas mediante organismos que apoyen la defensa de los derechos de los consumidores. De esta manera se fundamenta, constitucionalmente, el establecimiento de un control a las concentraciones económicas para mitigar la creación de alianzas con tendencias a la creación de oligopolios o monopolios.

De acuerdo con análisis de los sistemas de control de concentraciones existentes en jurisdicciones como Estados Unidos, Unión Europea, España y Costa Rica, puede concluirse que el mecanismo más efectivo de control de concentraciones es el sistema ex – ante y no los mecanismos ex – post o voluntarios. Lo anterior ya que por medio de los sistemas ex – ante se interviene

de forma preventiva en la formación de estructuras de mercado negativas que disminuyan la competencia, tales como monopolios.

Al contrario, los mecanismos ex – post o voluntarios permiten la afectación al mercado, ya que es posible llevar a cabo operaciones sin autorización previa o del todo sin autorización de la autoridad competente, por lo cual es necesario de que se complemente con un sistema ex – ante de manera que puede tutelarse la correcta estructura del mercado de forma preventiva y de forma posterior. El solo sistema ex – post conlleva a un sistema de control ineficiente e inseguro, que hace incurrir a los agentes y agencias de competencia en gastos y complicaciones, ya que posterior al cierre de la operación la autoridad competente podría examinar la concentración y de considerarla perjudicial al mercado y la competencia aplicar medidas de carácter sancionatorio y correctivo de difícil materialización como, por ejemplo, la desconcentración de agentes o la reversión de efectos en el mercado.

A partir de lo anterior, la tendencia mundial ha sido migrar a sistemas de control de concentraciones ex – ante, al demostrar ser el sistema más eficiente e idóneo para alcanzar los objetivos preventivos del control de concentraciones.

Asimismo, de acuerdo con el análisis de dichas jurisdicciones; así como sus respectivos índices de casos, es posible concluir que los mecanismos de control de concentraciones no tienen una orientación de obstaculizar o bloquear las concentraciones económicas ya que aproximadamente un noventa por ciento de

las operaciones son aprobadas directamente; un cinco por ciento son aprobadas sujetas a ciertas condiciones, pero aprobadas al fin y al cabo, y solo un cinco por ciento o menos son rechazadas por ser consideradas anticompetitivas. Más aún, en el caso de Costa Rica, a la fecha todas las operaciones analizadas han sido aprobadas sin condiciones. De esta forma, demostrando que el objetivo de los mecanismos no es bloquear ni desincentivar la inversión, sino procurar el sano mercado, donde existan suficientes agentes económicos para ofrecer sus servicios al consumidor y la competencia pueda ser efectiva.

Adicionalmente, es posible concluir que los mecanismos de control de concentraciones económicas a nivel mundial, así como a nivel costarricense, no han afectado de forma negativa el comportamiento del mercado de concentraciones económicas. Lo anterior en el sentido de que si bien en la mayoría de las jurisdicciones presentan algún tipo de mecanismo de control, ello no ha conllevado a una disminución o decrecimiento en el mercado. Al contrario, a pesar de los mecanismos de control, el mercado ha mantenido su tendencia creciente, producto de los beneficios que ofrecen las concentraciones económicas a sus agentes.

A partir de lo anterior, el control de concentraciones económicas no afecta negativamente el mercado de concentraciones económicas, ya que como fenómeno económico que es, el comportamiento de dicho mercado es

determinado por factores económicos, y no meramente legales o regulatorios. La afectación negativa en el mercado se daría solamente en casos en los que el mecanismo de control introducido sea demasiado complejo, formalista y esté orientado a bloquear operaciones, que no es la tendencia normal de estos sistemas.

Específicamente, en el caso de Costa Rica, a partir del análisis normativo, así como el análisis de casos realizado, es posible concluir que el control de concentraciones económicas costarricense introducido, por medio de la reforma en dos mil doce, a la fecha ha respondido adecuadamente a la necesidad de establecer un mecanismo preventivo que eliminará las deficiencias del sistema de notificación voluntaria o sancionatorio ex – post que existía en el país. Asimismo, concede amplias facultades a la Comisión y los Agentes Económicos para entablar un proceso de colaboración, diálogo y negociación que permita la aprobación de las operaciones sin perjuicio del mercado ni de los consumidores.

Para mayor claridad y unidad en la legislación, sería recomendable eliminar de la ley la posibilidad del cierre de la operación y su notificación dentro de los cinco días siguientes a su cierre, para así establecer a Costa Rica en un sistema totalmente ex – ante, ya que este plazo disminuye el efecto preventivo del control de concentraciones y podría generar efectos perjudiciales en el mercado y sus consumidores. Si bien a la fecha los agentes económicos no hay cerrado operaciones sin el visto bueno de la Comisión, sería recomendable eliminar esta

posibilidad y así establecer un sistema totalmente ex – ante, para evitar el riesgo de consolidación de operaciones anticompetitivas.

De la misma forma, en relación con las partes responsables de notificar, debería de eliminarse la frase “Todos los agentes económicos involucrados en la concentración tienen la obligación de notificar, sin embargo, bastará con la notificación realizada por cualquiera de ellos”, y establecer de forma determinada las partes obligadas de cumplir con la notificación. Ello principalmente para evitar los supuestos en los cuales el agente notificante es el Vendedor, pero eventualmente el agente obligado sería el Comprador, que formalmente no es parte del proceso.

Asimismo, deviene necesario aclarar el tema de las casas matrices y su incidencia en Costa Rica, de forma que exista fundamente normativo jerárquico, como lo es la Ley, y no el Reglamento o la interpretación de la Comisión, que indique cuáles casas matrices formará parte del cómputo de los umbrales, aclarando así que debe entenderse por casas matrices con operaciones e incidencia en Costa Rica, de manera que se le brinde a los agentes económicos extranjeros mayor claridad y seguridad jurídica al determinar parámetros claros a considerar para determinar si son sujetos al control costarricense o no.

Asimismo, en el tema de umbrales al incluir a las casas matrices, lleva a determinar que los mismos son relativamente bajos en comparación con otras

jurisdicciones como Nicaragua, El Salvador y México. Lo anterior presenta el riesgo de que la Comisión se sature de operaciones sin relevancia competitiva, pero que por los bajo de los umbrales cumplen con ellos y deben de reportarse. Más aún, en vista de que la reforma no incluye procesos sumarios o abreviados como otras jurisdicciones, estos umbrales pueden provocar una revisión completa y gasto de recursos en operaciones que cumplen con los umbrales pero que en la materialidad no presentan amenaza. A partir de lo anterior, es recomendable emular el sistema norteamericano, en el cual los umbrales son revisados y ajustados cada año de acuerdo con el crecimiento del producto interno bruto, ya que como se mencionó anteriormente, estamos en presencia de un mercado dinámico y cambiante.

De la misma manera, en virtud que los procesos de control de concentraciones implican mayores costos e inversión para la Comisión, es recomendable incluir, como en las jurisdicciones extranjeras, el cobro de un canon a favor de la Comisión, determinado a partir del valor de la operación. Tomando en cuenta de que los agentes involucrados manejan sumas importantes de capital, no es concebible que esas mismas operaciones no generen recursos a favor del fondo estatal y la Comisión, de forma que la misma pueda desempeñar sus funciones de forma más eficiente.

Asimismo, en virtud de la orientación favorable a las operaciones de concentración que presenta la legislación costarricense, la legislación permite que

las eficiencias, condiciones e información de mercado sean aportadas, inicialmente, por los agentes económicos involucrados. Ello presenta el inconveniente de un conflicto de interés, ya que en aras de que se apruebe la operación, los agentes económicos presentarán aquello que sea más favorable a sus intereses. Al proveerle a la Comisión la información a partir de la cual se tomará la decisión, el análisis parte de la visión de mercado de un interesado, perdiendo, en cierta forma, el carácter objetivo. Por ello, lo recomendable sería que la Comisión cuente con sistemas de consultoría, para comprender de forma más objetiva el mercado.

Asimismo, en este año, la publicación de la Guía de Análisis de las Concentraciones Económicas por la Comisión representa un proyecto ambicioso de parte de la Comisión, ya que recoge estándares internacionales respecto del análisis de concentraciones económicas a partir de modelos pioneros en el tema, como lo es Estados Unidos y Reino Unido. A pesar de ello, en la práctica la Comisión ha debido flexibilizar la aplicación de los parámetros en aras de mantener la tendencia favorable a las concentraciones. Sin embargo, la implementación de la Guía representa a futuro un reto para la Comisión con respecto al análisis y aplicación de los criterios requeridos para el estudio y aprobación de las operaciones de concentración económica.

A pesar de lo anterior, el control de concentraciones costarricense introducido en la reforma de dos mil doce, de momento ha respondido

adecuadamente como una herramienta necesaria para el aseguramiento y adecuado control de la libre competencia en el mercado costarricense de forma que las operaciones de concentración no otorguen poder sustancial de mercado, o monopolios, a través del análisis prospectivo o a futuro respecto a las concentraciones económicas y sus potenciales efectos anticompetitivos; ello sin perjuicio de que en virtud de tratarse de un mercado dinámico y cambiante, el transcurso del tiempo determine la necesidad de una futura reforma para aclarar las deficiencias ya indicadas y cualquier otra que pueda presentarse con el transcurso del tiempo.

Referencias Bibliográficas

- Arnold, G. (2005). *The Handbook of Corporate Finance*. Londres: FT Press.
- Calzado, J. R. (2004). *Revisión Judicial del Control de Concentraciones: la Experiencia de la Unión Europea*. Madrid, España.
- Canseco, L. D. (1997). *Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*. UNCTAD.
- Competencia, C. N. (1996). *El Control Previo de las Concentraciones y Fusiones y la Defensa de Competencia en los Mercados*. . Buenos Aires, Argentina.
- Competencia, S. p. (1994). *Lineamientos Generales de Evaluación de Operaciones de Concentración Económica*. Caracas, Venezuela.
- COPROCOM. (2007). *Cambios en la estructura del mercado : fusiones, adquisiciones, compañías matrices, revisión de la privatización, rompiendo monopolios*. . San José, Costa Rica.
- COPROCOM. (2007). *Derecho y Política de Competencia en Costa Rica: Módulo II Concentraciones*. San José, Costa Rica.
- COPROCOM. (2009). *Ventajas de la notificación previa en el control de las concentraciones*. San José, Costa Rica.
- Elhauge, E., & Geradin, D. (2007). *Global Antitrust Law and Economics*. Nueva York: Foundation Press.

- Europea, C. (1998). *Derecho de Control de Concentraciones en la Unión Europea*. .
Bruselas.
- Fuster, L. B. (2004). *Derecho de la Competencia Europeo y Español*. Madrid: Dykinson.
- Garrigues. (2005). *Control de Concentraciones en Iberoamerica*. Buenos Aires, Argentina:
Afinitas.
- Guindo, C. A. (1995). *Control de Concentraciones I: Instrumentos de Análisis. Delimitación del Mercado Relevante*. Madrid, España.
- Guindo, C. A. (1997). *Control de Concentraciones II: Delimitación del Mercado Relevante y Análisis de la Concentración en el mismo*. . Madrid, España.
- Hernández, P. S. (1997). *El Papel de la Comisión para Promover la Competencia en la Aplicación de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*.
Managua, Nicaragua.
- Landa, R. T. (1996). *Criterios Técnicos para el Análisis de Concentraciones*.
- OECD. (2005). *El Control de Concentraciones Empresariales*. Madrid, España.
- Raven, E. O. (1997). *El Caso de las Concentraciones en Costa Rica*. San José, Costa Rica: La Consultora.
- Robinson, S. (2010). *The Mergers & Acquisitions Review* (Cuarta ed.). Londres, Londres, Reino Unido: Law Business Research.
- Tineo, L. (1996). *Acceso a los Mercados e Integración Económica en América Latina: Consideraciones de Política de Competencia*. Fairfax, Virginia, Estados Unidos.

Tineo, L. (1996). *Política y Leyes sobre Competencia en América Latina: De la Distribución del Estado a la Eficiencia del Mercado*. Fairfax, Virginia, Estados Unidos.

Tineo, L. (1996). *Políticas y Leyes sobre Competencia en América Latina: Convergencias y Divergencias*. Buenos Aires, Argentina.

Anexos

I

Entrevista

Entrevistado: Carlos Oreamuno.

Posición: Socio de Facio & Cañas.²⁴⁹

Fecha: Catorce de febrero de dos mil catorce.

Lugar: Facio & Cañas, San Francisco, Guadalupe, San José.

Preguntas:

1. *¿Es el control de concentraciones económicas necesario o podría existir alguna jurisdicción sin él sin que el mercado se afecte?*

Respuesta:

Es conveniente tener un control de concentraciones. La tendencia actual a nivel mundial es que se implementen previamente mecanismos de control, y no como existía en Costa Rica, de forma post. Era una forma de pedir perdón y no permiso. A nivel internacional la tendencia es establecer mecanismos de control de concentraciones previos para proteger el mercado y sus consumidores. El tema no es si debe existir o no control, sino el tipo de control.

²⁴⁹Miembro Suplente de la Comisión para Promover la Competencia, COPROCOM (2000-2002), Miembro propietario de la Comisión para Promover la Competencia, COPROCOM (2009-2011).

Una de las grandes fallas en los sistemas de control de concentraciones es que los requisitos para probar una concentración eran tales que eran imposibles de cumplir. En vista de que estas transacciones tienen un tiempo específico, el cumplimiento de requisitos muy engorrosos podía llevar al atraso o fracaso de la operación. Por ello, la respuesta es que sí debe existir un control y, por lo tanto, el cambio en la ley costarricense va orientado a alinearse con la tendencia mundial, siempre teniendo cuidado con el tipo de requisitos que se piden a los agentes económicos para aprobar o rechazar la concentración.

2. *¿Puede considerarse el control de concentraciones económicas como un desincentivo a la inversión extranjera?*

Respuesta:

Puede existir una medida de desincentivo, pero la inversión extranjera debe de considerarse más allá de los Estados Unidos. De esta forma, las compañías que invierten en Costa Rica están acostumbradas a este tipo de controles, por lo cual no sería un desincentivo para ellas. Además, si bien interesa atraer inversión, la ley tiene el objetivo proteger a los consumidores en el mercado. Cuando se hace un balance de intereses, no es todo o nada. Debe buscar un balance de forma que el procedimiento no sea tan engorroso para desincentivar la inversión, pero que permita que se cumpla con el objetivo de proteger al consumidor en el mercado. No es escoger blanco o negro, sino encontrar un balance.

3. *¿Es el control de concentraciones económicas un excesivo intervencionismo estatal o está justificado?*

Respuesta:

El consumidor lo justifica y, por lo tanto, no es un excesivo intervencionismo estatal. Busca un fin, que es proteger al consumidor, y, por ello, prima el principio legal en el cual ante una pugna de un interés general, del consumidor como un todo, *versus* un interés particular de dos o más agentes económicos involucrados en una transacción en general, debe primar el interés general del consumidor.

4. *¿Cómo funcionó el sistema de control de concentraciones económicas antes de las reformas de dos mil diez y dos mil trece?*

Respuesta:

La ley inicial de competencia no establecía ni siquiera la posibilidad de notificar previamente. No existía ni siquiera conciencia, al estar en la curva de aprendizaje en temas de competencia. Por ello, el único sistema que existía era el de pedir perdón y no permiso. A nivel de Comisión se empezó a crear la conciencia sobre la necesidad de un control de concentraciones, ya que a nivel internacional la práctica era pedir autorización previa. Esto ameritaba una reforma legal, sin embargo por la complejidad de una reforma se trató de aplicar vía

reglamento, así se introdujo la notificación voluntaria en dos mil diez. Esta experiencia fracasó porque no había incentivo para los agentes para cumplir. No había disposición legal que los obligara, y si cumplía no estaba muy claro con qué estaban cumplimiento. Por ello, se decidió introducir la reforma por vía legal y establecer la notificación obligatoria. Este cambio está bien encaminado, ya que salir del sistema ex – post es una decisión correcta alineada a los demás países del mundo.

5. *¿Cómo ha funcionado el nuevo control de concentraciones económicas instaurado en Costa Rica a partir de dos mil trece?*

Respuesta:

La ley de Costa Rica se originó como una copia de la ley de México. Algunos de sus principios han funcionado perfectamente bien adaptándose a nuestro sistema, otros no tanto. Sin embargo esta nueva ley representa un esfuerzo importante, tanto legal como a nivel jurisprudencial por medio de la Comisión. Por ello, el desarrollo del sistema hasta el momento ha sido aceptable. Estamos en un proceso de aprendizaje en materia de concentraciones, pero prácticamente cualquier operación prefiere notificarse. De acuerdo con las cifras indicadas por la Comisión, a noviembre de dos mil trece todas las operaciones todas se han aprobado y solamente a una se le pidió más información. Estas cifras evidencian que estamos en un proceso de aprendizaje: las autoridades estatales están conscientes que están iniciando el proceso y que les falta desarrollo, por lo

que han adoptado una posición pro concentración; y los agentes económicos están siendo cuidadosos, de forma que consultan toda operación, aunque no sea necesario consultar.

6. *¿Qué justifica el plazo ex – post de cinco días para proceder con la notificación si el sistema busca ser preventivo?*

Respuesta:

Estos cinco días hacen perder el sentido preventivo. Parece ser que esto obedece a los plazos de materialización de las concentraciones, y si han urgencia de firmar hoy, y no se ha notificado, este plazo podría responder a esta necesidad. Sin embargo, hay que considerar que cuando se concreta una concentración, las soluciones legales podrían traer mayor perjuicio que la concentración en sí. Ya consolidada la concentración, a pesar de la violación legal y el perjuicio de la operación al mercado, aplicar la desconcentración puede causar más perjuicio que la concentración misma. Por ello la notificación previa es tan importante, puede prevenirse los efectos negativos para los agentes económicos y para el mercado.

7. *¿Cómo se puede garantizar el cumplimiento de la notificación por parte de los agentes económicos involucrados?*

Respuesta:

En las transacciones que realmente ameriten la consulta, los agentes involucrados tendrán un interés de saber a qué atenerse y obtener el aval de la

Comisión. Si hay operaciones que pasan bajo el radar y son difíciles de detectar, son en principio transacciones que están en el límite o no revisten particular interés. En un mercado tan pequeño como el costarricense, si dos empresas de peso se concentran, nuestro mercado lo va a detectar y va a reportarse. Con ello, la posibilidad de que pasen bajo el radar es poca. De esta manera, existen posibilidades prácticas que permiten que operaciones importantes no pasen bajo el radar por el principio certeza. Los agentes necesitan saber a qué atenerse en operaciones de este tipo y este elemento es lo suficientemente importante para garantizar el cumplimiento del control.

8. *¿Cambiaría algún aspecto de la reforma en control de concentraciones económicas introducida en dos mil trece?*

Respuesta:

La falta de experiencia del sistema no permite cambiar aspectos aún. Debería dársele un poco más de tiempo de desarrollos para detectar sus fallas. A nivel de umbrales me parece que es un umbral adecuado a la realidad económica. No puede ser un umbral tan alto que permita que pasen todas las operaciones sin consultar, pero tampoco puede ser tan bajo que someta a operaciones insignificantes a control. Un tema que, tal vez, se está asomando como problemático se refiere a los activos de las compañías y sus casas matrices, con lo cual si el agente económico es una compañía local con capitales y activos menores, pero relacionado con una casa matriz extranjera con gran patrimonio,

pero no involucrada, esto llevaría a que se alcanzara el umbral más fácilmente. La forma en la que esto se ha interpretado es equivocada. Por vía de reglamento se incluyó una aclaración al decir que solo se tomarían en cuenta los activos locales, lo que pone en pugna una disposición legal *versus* una disposición reglamentaria. Esto es un defecto normativo. Aún así, es importante darle más tiempo de desarrollo a la ley y reglamento.

II

Entrevista

Entrevistado: Ana Eugenia Rodríguez Zamora.

Posición: Jefe del Departamento de Procedimientos y Concentraciones, Unidad Técnica de Apoyo, Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Fecha: Diecinueve de marzo de dos mil catorce.

Lugar: Comisión para Promover la Competencia, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Sabana Sur, San José.

Preguntas:

1. *¿Es el control de concentraciones una limitación a la libertad de empresa?*

Respuesta:

Sí, es un pequeño camino más para llegar a la Libertad de Empresa. La Libertad de Empresa no llega a incumplir las leyes y si puede afectar al mercado debe controlarse. Es un filtro a la libertad de empresa. Además, si se ven estadísticas, un noventa y cinco por ciento de las concentraciones estudiadas a nivel mundial pasan sin problema y del cinco por ciento que es sujeto a un estudio más detallado, solo un dos por ciento terminan siendo rechazadas y es porque podrían tener un efecto tan negativo que hace que valga la pena el control. Lo que

se busca con el control es que sea un proceso de colaboración entre los agentes. La idea no es bloquear el desarrollo, es que las concentraciones fluyan pero sin afectar al mercado.

2. *¿Qué motivó la introducción de una notificación voluntaria en el año 2010?*

Respuesta:

Las mejores prácticas internacionales han demostrado que el control de concentraciones es positivo para el mercado y el desarrollo del país. Hay varias jurisdicciones que lo utilizan y se pensó que ante la inseguridad jurídica de la ley que solo permitía revisar ex - post la concentración y sus efectos, sería una buena alternativa para los agentes ante la amenaza de desconcentración. La desconcentración es un escenario de absoluta inseguridad jurídica. A pesar de ello, la Comisión sí revisó algunas concentraciones ex - post, pero nunca pidió desconcentrar. Entonces, la notificación se vio como una opción para evitar esa inseguridad y tener el aval de la Comisión.

3. *¿Cuáles fueron los resultados de esta reforma?*

Respuesta:

Ningún agente económico la utilizó. Bueno solo uno. La operación de compra de Sigma Monteverde fue notificada, ya que cuando entró la reforma del dos mil doce, esta establecía un transitorio de seis meses antes de que entrara en

vigencia el control ex – ante, y durante estos seis meses, se dio la operación, de manera que ellos optaron por notificarlo para evitar problemas.

4. ¿Es verdaderamente la desconcentración una opción viable?

Respuesta:

Nunca se ha hecho en Costa Rica. Los procesos internacionales de desconcentración son muy complejos y nunca pueden volverse las cosas a su estado normal. Se hace el mejor esfuerzo como, por ejemplo, vender activos. Pero, la implementación en Costa Rica nunca se ha hecho, ni siquiera en el caso Mabe – Atlas que la Comisión consideró de especial gravedad. Es una operación muy compleja, sobre todo, si ya hay cambio de funcionarios, de estructura jurídica, entre otros, porque dependiendo del tipo de concentración depende la complejidad de la desconcentración. Todavía es posible aplicar las medidas pero son complejas de materializar. Además de ello, la forma de implementarla no está reglamentada porque no se ha hecho nunca.

5. ¿Qué motivó introducir un control obligatorio por medio de la reforma del dos mil doce?

Respuesta:

Se hizo el esfuerzo en dos mil diez de darles seguridad jurídica a los agentes, por medio de la notificación voluntaria, pero nadie optó por ella. La reforma de dos mil doce se introduce, porque las mejores prácticas internacionales

llevan a que haya control de concentraciones. La Comisión siempre ha querido adaptar el país para que la competencia sea la más sana y consideraba que para velar por la libre concurrencia de los mercados era necesario introducir el control. Tiene una ventaja muy grande en las funciones de la agencia de competencia que es la función ex - ante los efectos anticompetitivos del mercado. Si ya la práctica se dio, los efectos se dieron en el mercado, es muy difícil revertir esos efectos. Esa es la ventaja del control, evitar el daño antes que suceda. No es entorpecer el funcionamiento de las empresas, sino permitirlo dentro de los márgenes de la ley.

6. ¿Por qué el sistema permite el cierre de la operación y no es suspensivo?

Respuesta:

La propuesta inicial presentada por la Comisión a la Asamblea Legislativa no permitía el cierre anterior a la notificación. Sin embargo, esta reforma tuvo serias oposiciones de quienes consideraban que el mercado costarricense era muy pequeño, por lo que el control de concentraciones podía afectar las negociaciones entre agentes; en el sentido de que si el agente “A” se enteraba de la compra del agente “B” por el agente “C”, “A” podría intervenir, comprar al agente “B” y afectar al agente “C”. Por ello, para evitar el perjuicio entre agentes, se permitió notificar la operación posterior al cierre. Sin embargo, si un agente está invirtiendo la cantidad de dinero que implica una concentración con el entendido de que la Comisión puede negarle la aprobación, normalmente si la operación

cierra antes de notificada, es condicionada en los contrato al aval de la Comisión. Adicionalmente, a la fecha ninguna concentración se ha notificado una vez cerrada, ya que los agentes no quieren incurrir en ese riesgo.

7. ¿Quedan los Joint Ventures incluidos dentro de la definición de concentración?

Respuesta:

No necesariamente todos los Joint Ventures quedan fuera del control de concentraciones. El deber de notificación dependerá de las condiciones y la forma en la que se ejecute el contrato, de manera que puede verificarse que verdaderamente la entidad es independiente, y no hay adquisición de control. Ello, ya que, muchas veces, se encubre operaciones de concentración como Joint Ventures. Si La Comisión revisa y determina que era una concentración y no se notificó, la puede sancionar.

8. ¿Qué parámetros se toman en cuenta para fijar los umbrales?

Respuesta:

En el momento de la reforma existía una propuesta que se había trabajado con la ayuda de jurisdicciones e instituciones expertas en control de concentraciones, como por ejemplo la ICN. Finalmente, al llegar a la Asamblea Legislativa los parámetros se fijaron de acuerdo con los el tamaño de nuestra economía y mercado, buscando que sean los que tengan más impacto en la

economía, de manera, que no sean ni muy altos ni muy bajos. Es importante tomar en cuenta que no hay técnica que se diga que el umbral es correcto. Lo que no se puede es jugar el riesgo de que la Comisión se sature de notificaciones que no van a tener ningún impacto en el mercado. A la fecha, los parámetros normados han funcionado bien.

9. ¿Por qué se eliminó de los umbrales el porcentaje mayor al cuarenta por ciento del mercado afectado por la concentración?

Respuesta:

Este porcentaje se eliminó en la reforma, ya que las mejores prácticas internacionales recomiendan que incluir porcentajes de participación en el mercado no es el mejor parámetro para fijar umbrales. Puede cumplirse con ese porcentaje y ser insignificante, así como no cumplirlo y tener un impacto fuerte en el mercado.

10. En relación con los activos indicados en los umbrales, ¿cómo de determina su valor?

Respuesta:

El valor utilizado es el que se desprende de los Estados Financieros. Sin embargo la revisión del cumplimiento de ellos por parte de los agentes solo es determinante en el caso de notificaciones que debieron presentarse y los agentes no lo hicieron, ya que le corresponderá al agente demostrar que no cumplía con

los umbrales, y a la Comisión corroborarlo. En el caso de las notificaciones que se presentan, son los mismos agentes económicos los que dicen que cumplen el umbral y La Comisión no lo cuestiona, sino que procede a revisar el fondo de la operación.

11. ¿Por qué incluir a las casas matrices dentro de los umbrales?

Respuesta:

En Costa Rica hay muchas casas matrices de agentes económicos. Sin embargo, es importante notar que las casas matrices que se toman en cuenta son aquellas con influencia en Costa Rica, entendiendo esto como la presencia de activos o capital en el país que tenga la capacidad de afectar el mercado costarricense de forma posterior a la concentración.

12. En relación con el plazo para revisar la operación, ¿cómo le ha ido a la Comisión cumpliendo con él?

Respuesta:

A la fecha la Comisión no ha tenido problemas en cumplir este plazo. En cuatro ocasiones se ha ampliado al máximo permitido por ley, pero, finalmente, se ha resuelto a tiempo o antes. Principalmente se ha extendido el plazo en los casos en que por la complejidad de la operación se necesita más información, análisis o colaboración de terceros.

13. Respecto de las sanciones, ¿por qué se aplica una doble sanción, una monetaria y las medidas de desconcentración?

Respuesta:

La sanción monetaria es una sanción por infracción a la ley, mientras que las medidas de desconcentración o similares son las herramientas para corregir el mercado. Por ello, tienen naturalezas distintas. La Comisión busca que el mercado esté sano y para ellos utiliza las herramientas, pero también hay que disciplinar a los agentes que incumplen, y para eso es la multa, una manera del Estado de sancionar. Además, las multas son altas para el país y su costumbre, porque buscan un efecto disuasivo en los demás agentes económicos. Se trata de respetar las leyes y cumplir el efecto disuasivo.

14. Finalmente, ¿qué se ve en el futuro en temas de concentraciones económicas?

Respuesta:

El sistema de control de concentraciones es muy nuevo, por lo cual es muy prematuro para tener una opinión. A la fecha, los plazos han funcionado bien, todas las operaciones se han aprobado, y no se han aprobado condiciones. De manera que el sistema está funcionando. Sin embargo, como todo nuevo modelo, tiene que probarse, por ahora todo es muy nuevo, entonces, el panorama no está

claro. Inevitablemente, toda ley requiere cambio con el tiempo, pero por ahora es muy pronto para emitir pronósticos.

III

Entrevista

Entrevistado: Alexánder Alvarado y Hazel Orozco.

Posición: Asesores de la Unidad Técnica de Apoyo. Comisión para Promover la Competencia.

Fecha: Diecisiete de junio de dos mil catorce.

Lugar: Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

1. *La estimación de los criterios del HHI son los utilizados por la Autoridad de Competencia de Estados Unidos, sin embargo a nivel de regulación el sistema utilizado como modelo es el de México; ¿Por qué la mezcla? ¿Se capturan las concentraciones esperadas?*

Respuesta:

Lo ideal del HHI es que se adapten a cada economía, y se espera que Costa Rica tenga sus propios parámetros. Se utilizó de momento Estados Unidos, porque es la economía modelo. A pesar de ello, el análisis de HHI no es tan determinante en la decisión final, es un parámetro, pero no determinante. De esta manera, a pesar de que el HHI en determinada operación aparezca elevado y, por lo tanto, esté altamente concentrado; la operación puede aprobarse si se trata de un mercado, donde no hay barreras de entrada, puede autorizarse la operación.

2. *¿De qué manera analiza la Comisión los costos hundidos como barreras de entrada? ¿Qué entienden como un costo hundido?*

Respuesta:

Todos los mercados tienen costos hundidos. Son entendidos como la inversión y gastos en que tienen que incurrir los agentes para ingresar en el mercado. De esta forma, a mayor costo hundido, mayor barrera de entrada; pero la Comisión no tiene una metodología determinada para su análisis. Las barreras de entrada siempre se analizan, porque determinan el poder de mercado de un agente, porque no es lo mismo un mercado, sin barreras de un mercado con barreras muy altas, en temas de aranceles, maquinaria, personal, entre otros. Hay mercados que no tienen muchas barreras de entrada, por ejemplo, limitados a permisos; este es el caso de Guardadocumentos, donde la inversión en maquinaria, equipo, tiempo o personal no es tan alta, y para operar, lo que requieren son permisos y el establecimiento.

3. *¿Cómo materializa la Comisión las eficiencias?*

Respuesta:

Es un tema cualitativo y subjetivo. Hasta el momento, los agentes no aportan estudios sustanciales en este tema, por lo que el análisis es cualitativo. Los interesados en mostrar las eficiencias son las empresas, por lo que es

necesario que la Comisión conozca los mercados para determinar la posibilidad real de materialización de las eficiencias.

4. *¿Existe un orden particular para el análisis de los elementos económicos de las concentraciones? ¿Deben de analizarse todos los elementos en todos los casos o depende del caso?*

Respuesta:

La Comisión no está obligada a analizar punto por punto de los elementos de análisis económicos, ya que hay casos, donde el análisis es muy evidente. Por ejemplo, casos donde la empresa adquirida tiene un 2% del mercado, a pesar de la adquisición el mercado no se mueve, el análisis es menos profundo que en casos donde el mercado no se conoce. El análisis va a depender de la complejidad de la operación y el mercado en el que se da.

5. *¿Cómo realiza la Comisión el análisis de las operaciones en los mercados donde no hay suficiente información disponible?*

Respuesta:

La Comisión requiere la mayor información para tomar las decisiones de aprobar o rechazar. Sin la información necesaria la Comisión no puede hacer las valoraciones respectivas. Por ello, la Comisión se ha apoyado mucho en los agentes, ya que, en muchas ocasiones, conocen el mercado mejor que la misma Comisión. Para ello, la Comisión se apoya en terceros como

competidores, para verificar si la información aportada por los agentes respecto de los mercados es real. En este tipo de operaciones, los más interesados en que la Comisión disponga de la información suficiente son los agentes, ya que a falta de información la Comisión podría rechazar o condicionar la operación. Ante ello, hay un interés de los agentes de que la Comisión disponga de toda la información. En caso de que los agentes no la proveen, la Comisión también acude a clientes o competidores, para comprender el mercado.

6. *¿En los casos donde se requiere la colaboración de terceros, o información adicional, como han funcionado los plazos?*

Respuesta:

Han funcionado bien ya que los primeros treinta días inician a partir de que la Comisión tiene toda la información, de manera que, en ocasiones, han tenido días adicionales. Posteriormente, al extender el plazo a los noventa días, han cumplido con todos o resuelto antes de tiempo. Esto va de la mano con el hecho de que las concentraciones se han presentado de forma consecutiva una de otras y no todas al mismo tiempo. En el momento que la Comisión debe analizar cinco operaciones al mismo tiempo, se dificulta el cumplimiento del plazo ya que a la fecha cuenta con diez personas para analizar: opiniones en sectores regulados, prácticas monopolísticas y control de concentraciones económicas. De esta manera, con el transcurso del tiempo se han aumentado las labores de la Comisión, sin aumentar el personal o los

recursos. Adicionalmente, el Gobierno no ha asignado más presupuesto ni más plazas.

7. ¿Cuáles son los motivos más frecuentes que merecen la ampliación del plazo?

Respuesta:

Se trata de operaciones que requieren un análisis más minucioso. Por ejemplo cuando se trata de dos agentes importantes, que juntos tienen una participación elevada, que hay pocos competidores, barreras altas...entre otros. Es una especie de segunda fase en operaciones que requieren un análisis más detallado.

8. ¿Cómo lleva a cabo la Comisión las consultas de los sectores regulados? ¿En cuanto al criterio existe diferenciación en cuanto al análisis con los demás sectores?

Respuesta:

La Comisión puede analizar las prácticas directamente, solo en concentraciones se emite una opinión, ya que la aprobación le corresponde a las superintendencias. El análisis que se realiza es el mismo, con la diferencia de que las superintendencias ya envían los análisis económicos y la Comisión solamente los revisa.

9. *¿En los sectores regulados el criterio de la Comisión ha sido tomado en cuenta o se han apartado del mismo?*

Respuesta:

La Comisión siempre ha emitido opinión favorable. En el caso RACSA – TELECABLE la Superintendencia rechazó la operación a pesar del visto bueno de la Comisión. Finalmente, producto de una serie de manifestaciones, la superintendencia la aprobó. En caso de que la Comisión recomiende el rechazo de la operación, y la superintendencia lo apruebe, si la operación deviene en una práctica, la Comisión puede analizarla. Ello aplica para todos los sectores excepto el de Telecomunicaciones, ya que por disposición de la Ley General de Telecomunicaciones, el tema de Competencia se reservó a la superintendencia. De esta forma en Telecomunicaciones la Comisión emitiría opinión respecto a la apertura del procedimiento así como la resolución final y la sanción, pero el procedimiento se llevaría ante la superintendencia. En las demás superintendencias, el encargado de todo el procedimiento sería la Comisión.

10. *¿Al respecto de la obligación de notificar cómo manejaría la Comisión el tema de notificaciones presentadas por el Vendedor y condiciones impuestas al Comprador?*

Respuesta:

A la fecha este supuesto no ha ocurrido porque todas las notificaciones se han presentado de forma conjunta o por el prevaleciente. De ocurrir el caso, lo procedente por parte de la Comisión sería integrar el proceso con el agente faltante.

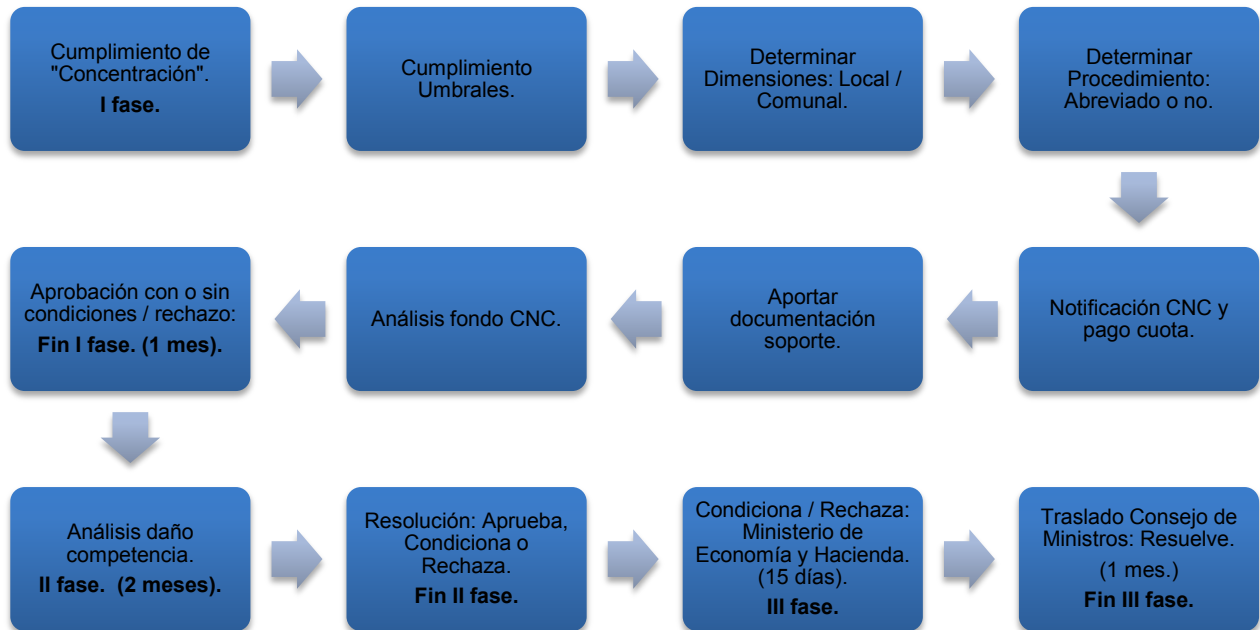
11. *¿Tiene la Comisión alguna sensación de cómo se ha comportado el control de concentraciones en el área centroamericana?*

Respuesta:

La Comisión tiene un Grupo Centroamericano con el que se reúne periódicamente y se tiene una sesión anual. A pesar de ello el tema de concentraciones no ha sido el principal, pero se ha discutido. Por ejemplo, en El Salvador el umbral es muy elevado, por lo que se analizan pocos casos, al igual que en Nicaragua, Panamá ha emitido guías y ha analizado ciertas operaciones. La única excepción el tema es Guatemala, en la cual no hay Ley de Competencia y, por lo tanto, no hay control de concentraciones.

IV

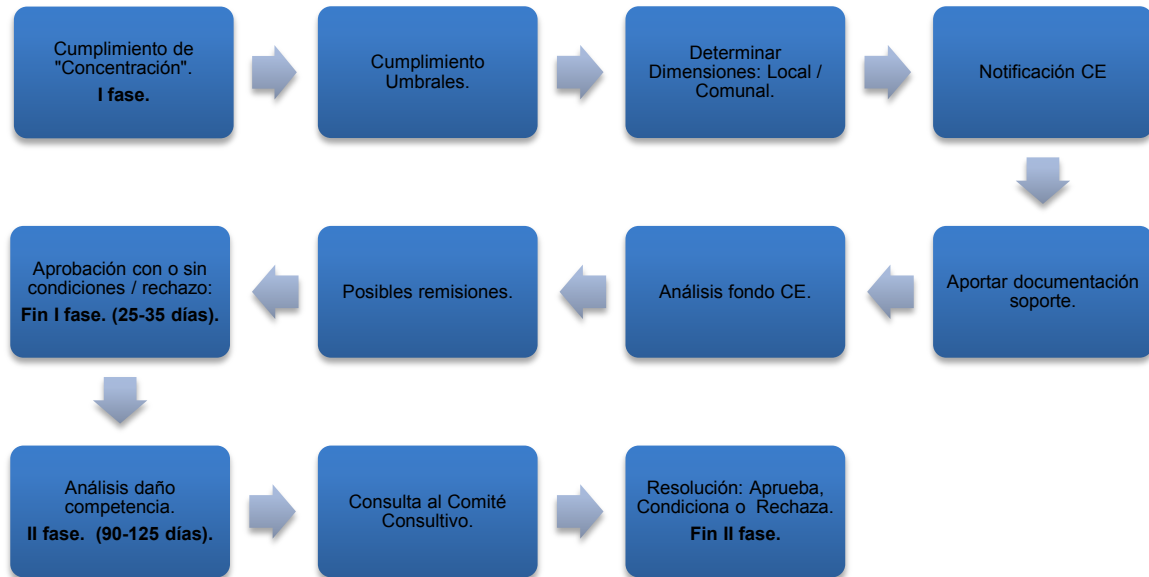
Diagrama de flujo del Control de Concentraciones en España²⁵⁰



²⁵⁰Fuente: Creación propia a partir de lo establecido en la Ley de Promoción de Competencia Española.

V

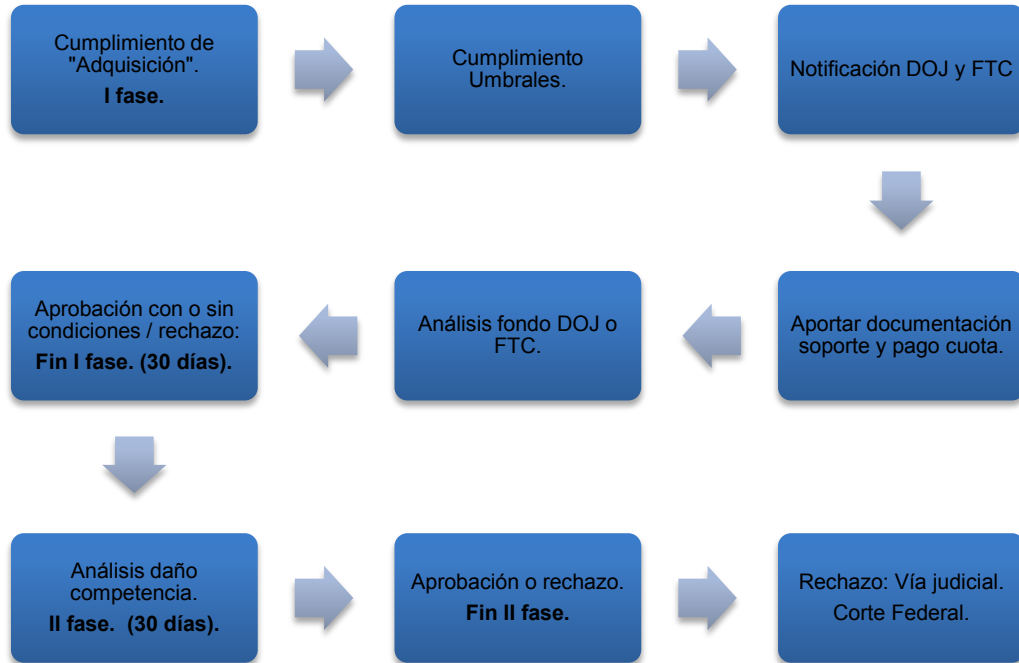
Diagrama de flujo del Control de Concentraciones en Unión Europea²⁵¹



²⁵¹Fuente: Creación propia a partir de lo establecido en la Ley de Competencia de la Unión Europea.

VI

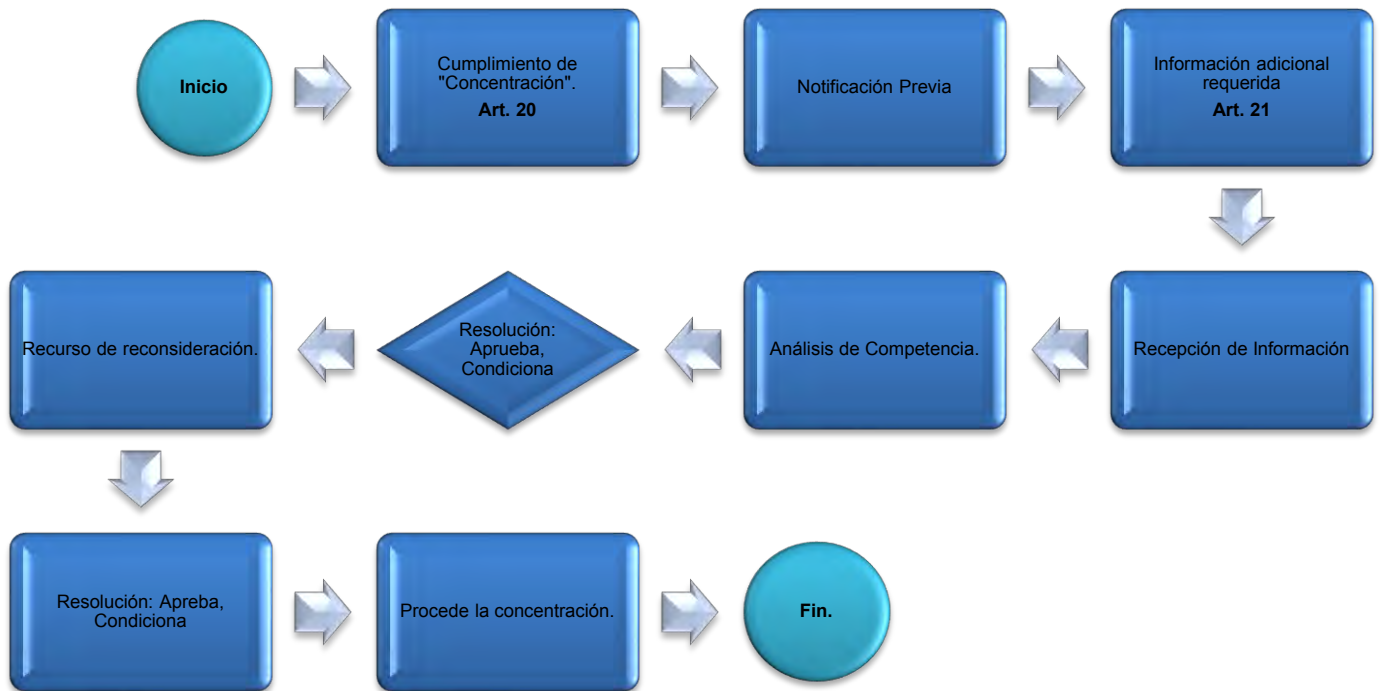
Diagrama de flujo del Control de Concentraciones en Estados Unidos²⁵²



²⁵²Fuente: Creación propia a partir de lo establecido por el Departamento de Justicia y Reserva Federal de Comercio.

Anexo VII

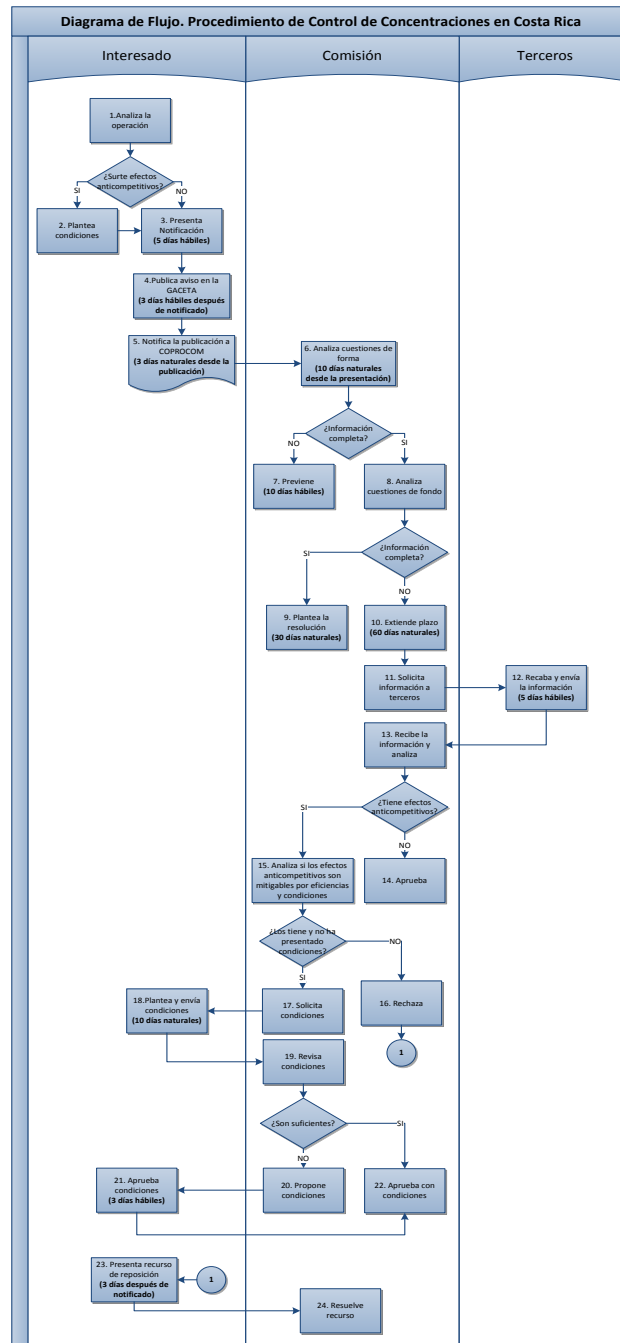
Diagrama de flujos del Control de Concentraciones en México²⁵³



²⁵³Fuente: Creación propia a partir de lo establecido en la Ley de Competencia de México.

Anexo VII

Diagrama de Flujo Control de Concentraciones en Costa Rica²⁵⁴



²⁵⁴Fuente: Creación propia a partir de lo establecido en las Guías de Análisis de Concentraciones Económicas de la Comisión para Promover de la Competencia.