

EN ESTA EDICIÓN:

NOTICIAS EN BREVE

A. Proyecto de Reforma al Capítulo de Competencia de la Ley N° 7472.

JURISPRUDENCIA

A. Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 16.434, “Ley de Protección al Pequeño Proveedor de Supermercados, ante el Poder de los Monopolios. Expediente OP 001-07.

ARTÍCULO DE OPINIÓN

La Tutela de las Concentraciones en la Legislación Costarricense

NOTICIAS EN BREVE

A. Proyecto de Reforma al Capítulo de Competencia de la Ley N° 7472.

El próximo 27 de junio del año en curso, la Comisión para Promover la Competencia realizará la presentación del “**Proyecto de reforma al capítulo de Competencia de la Ley N° 7472**”, en el salón Aguamarina del Hotel San José Palacio.

Esta actividad se desarrolla en el marco del programa “*Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área*

de Políticas de Competencia y Protección al Consumidor (COMPAL), casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Perú”, de la UNCTAD; con el auspicio de la Comisión de la Competencia de Suiza o.(COMCO) y la Secretaría de Estado de Economía (SECO) de Suiza.

El objetivo principal de la actividad es presentar una propuesta de reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472, que permita adaptarla a las exigencias actuales, llenando vacíos y reforzando el control de la competencia en el país.

.....

JURISPRUDENCIA

Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 16.434, “Ley de Protección al Pequeño Proveedor de Supermercados, ante el Poder de los Monopolios. Expediente OP 001-07

La Comisión para Promover la Competencia en el Acta de la Sesión Ordinaria No. 14-07, del día 09 de mayo de 2007 acordó en el artículo sexto rendir opinión al Departamento de Servicios Técnicos y a la Comisión Permanente de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa sobre el Proyecto de Ley N° 16.434, “**Ley de Protección al Pequeño Proveedor de Supermercados, ante el Poder de los Monopolios**”. La opinión emitió en los siguientes términos:

I. OBJETO Y CONTENIDO DE LA REFORMA PROPUESTA

Según manifiesta el proyecto, éste tiene como objetivo corregir todas las distorsiones de mercado que atentan contra los proveedores y consumidores, por las prácticas monopolísticas, abusos de poder, coerción y condiciones leoninas existentes en los contratos entre proveedores, grandes distribuidores y supermercados.

Los legisladores que promueven este proyecto, consideran que para completar las normas existentes en la Ley No. 7472, se deben fortalecer algunos artículos de la Ley. Así por ejemplo, los artículos 11 y 12 incorporando una mayor tipicidad de las prácticas, para que constituyan instrumentos adecuados para sancionar prácticas tan condenables.

Específicamente, la propuesta de reforma al artículo 11 de la Ley No. 7472 que pretende este proyecto de Ley consiste en mantener en los mismos términos el contenido del actual artículo, pero agregándole otras conductas que se tipifican en el proyecto de Ley, como los incisos e), f), g) y h), (destacados en negrita); para que el artículo 11 se lea de la siguiente manera:

“Artículo 11.—Prácticas monopolísticas absolutas. Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o

venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.

c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.

d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

e) Establecer distintos precios y/o distintas condiciones de venta para transacciones similares, salvo diferencias justificadas en ahorros en costos o beneficios tangibles que sean demostrables y objetivos. En todo caso, el monto de la diferencia en el precio o las condiciones de venta deberá ser proporcional al beneficio concedido.

f) Imponer la condición a proveedores o clientes de aportar información sobre cualquier condición de comercialización de los bienes y servicios en su relación con terceros.

g) Realizar actividades de administración de mercado o imposición de condiciones a

proveedores o clientes, en relación con terceros o realizar actividades para tener injerencia en la relación de proveedores o clientes con terceros, en cuando a condiciones de comercialización y precios.

h) Imponer o establecer a sus proveedores o clientes condiciones de plazos de pago sin relación con la rotación del producto o que se justifiquen en condiciones objetivas de comercialización.

Para la aplicación de este artículo, la Comisión para promover la competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado de los productos cuyos suplidores sean pocos.

Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos.” **(El destacado no corresponde al texto original y denota la reforma que se pretende incorporar el proyecto de Ley)**

El proyecto de Ley, también pretende una reforma al artículo 12 de la Ley No. 7472 con el fin de incorporar al contenido del texto actual, los incisos g) y h), para que se lea de la siguiente forma:

“Artículo 12.—**Prácticas monopolísticas relativas.** Sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los

convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.

b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.

c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.

d) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.

f) La producción o la

comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal o a un precio inferior al de compra al proveedor.

g) Copiar, reproducir, imitar o desarrollar productos idénticos o similares de los proveedores o clientes, como acto deliberado para propiciar su salida del mercado.

h) Imponer o exigir la producción de bienes o servicios idénticos o similares de los ofrecidos por el proveedor con marca obligada por el comprador a precios diferenciados o como acto deliberado para propiciar la salida de los productos con marcas del proveedor o procurar su desplazamiento del mercado.

i) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.” (El destacado no corresponde al texto original y denota la reforma que se pretende incorporar el proyecto de Ley)

Finalmente, en materia de concentraciones el proyecto propone una reforma al artículo 16 de la Ley No. 7472, de la siguiente forma:

“Artículo 16.—

Concentraciones.

Entiéndase por concentración 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 disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

La Comisión de la Competencia deberá ser informada previamente sobre cualquier fusión real o potencial, para que esta realice una investigación sobre sus efectos en el mercado desde el punto de vista de la competencia, en caso de no informarse previamente a la Comisión, esta estará en la obligación de iniciar una investigación cuando tenga noticia o conocimiento de la misma.

La Comisión estará en la obligación de realizar investigaciones periódicas de concentraciones cuando una empresa, o grupo económico realice actividades productivas de bienes y servicios, con actividades financieras de crédito o descuento de facturas con sus proveedores o clientes.

En la investigación de las concentraciones, deben seguirse los criterios de medición de poder sustancial en el mercado relevante, establecidos en esta Ley, en relación con las prácticas monopolísticas relativas.” (El destacado no corresponde al texto original y denota la reforma que se pretende

incorporar el proyecto de Ley)

II. COMENTARIOS A LAS REFORMAS PROPUESTAS.

A. Sobre las prácticas monopolísticas absolutas y la reforma propuesta:

En primer término, es importante señalar que el análisis de la reforma a la Ley No. 7472, se efectúa considerando aspectos de la realidad jurídica y conforme a la necesidad de realizar cambios en el engranaje jurídico costarricense.

El artículo 11 actual, prevé lo que se conoce como prácticas monopolísticas absolutas u horizontales, estas prácticas son consideradas por nuestra legislación y por la doctrina del Derecho de la Competencia como las más nocivas al proceso de competencia y libre concurrencia y se les atribuye el carácter de ser nulas de pleno derecho. Esto se debe a que al actuar coordinadamente los agentes económicos, pueden comportarse como un verdadero monopolio, y por consiguiente tener prácticamente los mismos efectos perjudiciales en la economía. Es decir, son conductas que se refieren a actuaciones coordinadas entre agentes económicos competidores.

La ley las define como los actos, contratos, convenios, arreglos o las combinaciones, realizadas por agentes económicos competidores entre sí, con los propósitos de fijar o manipular precios, o intercambiar información con ese fin, la restricción de la oferta o las cantidades de los bienes o servicios o la distribución de los mercados por aspectos como la clientela, espacios o tiempos, entre otros.

Partiendo de lo anterior, las conductas que se pretenden incorporar en la propuesta de reforma, específicamente en los incisos e), f), g) y h) del artículo 11, según nuestra legislación que es acorde a la tendencia de la doctrina y la normativa internacional, estarían más relacionadas a restricciones verticales y no a prácticas horizontales o absolutas. Es decir, las conductas señaladas relacionadas con una posible manipulación del descuento, restricción de la producción u oferta, limitaciones en los plazos, imposición de condiciones, entre otras, serían supuestos a analizarse como prácticas verticales o relativas y no en el artículo 11.

En conclusión, el análisis de las prácticas monopolísticas absolutas; que son aquellas que se dan entre agentes económicos competidores entre sí al coordinar sus actividades y maximizar beneficios a través del intercambio de consentimientos, es un supuesto diferente a comportamientos entre agentes económicos que operan en diferentes niveles de una misma cadena de producción-distribución, como es el caso de las prácticas monopolísticas relativas donde es sancionable la imposición de condiciones por parte de un agente económico con poder sustancial en el mercado. Lo anterior, se confunde en el proyecto de reforma al ubicar como prácticas absolutas supuestos que no lo son.

De esta forma, consideramos que la reforma que se pretende al artículo 11 no resulta acorde con el tratamiento que le da la doctrina y la legislación internacional y nacional a las distintas prácticas anticompetitivas existentes.

B. Sobre las prácticas monopolísticas relativas y la reforma propuesta:

Respecto a la incorporación de los incisos g) y h) en el artículo 12 es importante señalar respectivamente lo siguiente:

1. En primer término, el introducir productos similares a un mercado no es en principio anticompetitivo, por el contrario, genera diversidad y mayores opciones a los consumidores y competencia entre productos de distintas marcas. Las posibles ilegalidades sobre este tema estarían relacionadas a si esa copia, reproducción o imitación trasgrede derechos de propiedad intelectual u otros derechos relacionados a identificación o publicidad de un producto, lo cual generaría un acto de competencia desleal como los considerados en el artículo 17 de la Ley No. 7472. En ese sentido, la misma normativa establece que son prohibidos entre los agentes económicos los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, aceptados en el sistema de mercado, que causen daño efectivo o amenaza de daños comprobado. Lo anterior, por cuanto la misma norma señala que: *“(...) Los agentes económicos que se consideren afectados por las conductas aludidas en este artículo, para hacer valer sus derechos sólo pueden acudir a la vía judicial, por medio del procedimiento establecido en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Civil.”*

Respecto al inciso h) sobre “Imponer o exigir la producción de bienes o servicios idénticos o similares de los ofrecidos por el proveedor con marca obligada por el comprador a precios diferenciados o como acto deliberado

para propiciar la salida de los productos con marcas del proveedor o procurar su desplazamiento del mercado” es importante destacar que el tratamiento que se les da a las restricciones verticales en la legislación de competencia varía de un país a otro. En el caso de Costa Rica, la Ley actual considera como prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, según los casos descritos en la Ley.

Dentro de esos casos descritos en la ley está la prohibición de imponer precios u otras condiciones por parte de un agente con poder sustancial hacia otros agentes económicos.

Partiendo de lo anterior, los instrumentos de análisis de ilegalidad para las prácticas relativas está dado por la ley y lo que la propuesta del proyecto hace es precisar una posible conducta de imposición que está implícita actualmente en los términos del artículo 12 de la ley, razón por la cual no resulta indispensable tal adición. Por el contrario, la ley no puede contener todos los supuestos posibles de conductas, ya que existe una gama indefinida de posibilidades. En ese sentido, es suficiente una descripción precisa de una conducta, por ejemplo de “imposición de condiciones” dentro de la cual, caso a caso, puede corresponder una diversidad de posibilidades de imposición.

Es importante tener presente que en las prácticas monopolísticas relativas cada caso es independiente y tiene efectos

particulares en el proceso de competencia. Lo anterior obliga a analizar cada caso en forma individual y tomando en cuenta todas las circunstancias que rodean al mismo, por lo que resulta inoperante tratar de especificar todas las posibles conductas que pueden tipificar en una "imposición de condición anticompetitiva".

C. Sobre el tema de las Concentraciones o Fusiones

La economía del país al igual que el resto del Mundo, se orienta hacia la práctica de las concentraciones económicas. Algunas se dan con el propósito de generar economías de escala y otras eficiencias, otras para crear mayor poder de mercado, dando lugar a posibles efectos anticompetitivos.

Es importante el interés del legislador por dotar al Estado de instrumentos legales que le permitan hacer cumplir el precepto constitucional que establece la prohibición de los monopolios particulares en el país. En ese sentido, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor define como concentración en su Artículo 16- "*(...) 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 disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre competencia, respecto de bienes y servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados..*"

No obstante, dicha Ley carece de una regulación detallada sobre el tema de las concentraciones que de acuerdo a la

normativa actual no va más allá de esta definición, de un lineamiento general para su análisis "ex post" y del establecimiento de la sanción en el caso de que se haya efectuado una concentración prohibida.

De esta manera es muy atinada la intención de instrumentalizar aún más el control de las concentraciones económicas con este proyecto de Ley, al pretender incorporar nuevos elementos en la valoración de las operaciones de concentraciones entre empresas. Sin embargo, esta propuesta es limitada de acuerdo a la necesidad actual y a los vacíos jurídicos que se han encontrado en la práctica.

Se requiere el establecimiento de una normativa más clara y detallada en relación con las concentraciones, que facilite no sólo el trabajo de la Comisión para Promover la Competencia, sino de las decisiones de los empresarios que consideran la alternativa de una fusión.

Así las cosas, se requiere un régimen que se adapte a la realidad e incorpore el requisito de notificación previa, el establecimiento de umbrales ya que no es necesario que todas las uniones de empresas sean comunicadas a la Comisión, las condiciones que deben reunir las empresas cuya fusión podría representar un riesgo para la competencia en el mercado, aspectos de procedimientos y de sanción entre otras.

En síntesis, respecto a las reformas al artículo 11 y 12 no son consideradas convenientes por esta Comisión por las razones expuestas y en relación con el artículo 16, se avala el interés de hacer más operativo el sistema de control de concentraciones pero consideramos que la propuesta es insuficiente para ello.

Partiendo de ello, nos permitimos adjuntarles una propuesta de texto de reforma para esos artículos, la cual ha sido fruto de un análisis profundo de las necesidades requeridas y que ha sido trabajado durante meses por un consultor experto, patrocinado por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Notifíquese este acuerdo tomado en firme a la Asamblea Legislativa.

“Artículo 11. Prácticas monopolísticas absolutas

Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores actuales o potenciales entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- b) Establecer la obligación de adquirir, producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringida o limitada de servicios.
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado, actual o futuro, en razón de la clientela, los proveedores, los tiempos, zonas geográficas, o los espacios determinados o determinables.
- d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las

licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

e.) Rehusarse a comprar, o vender bienes o servicios.

f.) Denegar el acceso a una organización, de hecho o de derecho, que sea esencial para participar en el mercado, o para competir.

Para la aplicación de este artículo, la Comisión para promover la competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado, prestando especial atención a aquellos en que los suplidores sean pocos.

Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos.

Artículo 12. Prácticas monopolísticas relativas

Sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación

de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.

b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.

c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.

d) La venta, la transacción, o el otorgamiento de descuentos o beneficios comerciales, sujeto a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.

f) La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal por periodos prolongados y cuando existan indicios de que las pérdidas pueden ser recuperadas mediante aumentos futuros de precios.

g) Rehusarse a vender bienes o servicios normalmente ofrecidos a terceros.

h.) La imposición de diferentes precios o diferentes condiciones de compra o venta para compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones.

i.) Las acciones injustificadas para incrementar los costos u obstaculizar

el proceso productivo de algún competidor.

j.) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.

Para determinar si estas prácticas son sancionables la Comisión deberá analizar y pronunciarse sobre las pruebas que aporten las partes tendientes a demostrar los efectos pro competitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones, particularmente aquellos que demuestren que la conducta era necesaria para el aumento en la productividad, en la producción o distribución de bienes o servicios, y que la mayor eficiencia producirá algún beneficio significativo y no transitorio para los consumidores .

Artículo 16. Concentraciones

Se entiende por concentración la fusión, la compra venta de establecimiento mercantil o cualquier otro acto o contrato en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección, o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, que han sido independientes entre sí; y que resulten en la adquisición del control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más competidores. Así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada, adquiera el control de dos o más agentes económicos independientes entre sí y que son

competidores actuales o potenciales hasta ese momento.

Se consideran prohibidas las concentraciones con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

En la investigación de las concentraciones, deben seguirse los criterios de medición de poder sustancial en el mercado relevante, establecidos en esta Ley, en relación con las prácticas monopolísticas relativas.

INCISO 1. Notificación previa.

Las siguientes concentraciones deberán notificarse previamente a la Comisión para que resuelva si las autoriza:

a.) Las que la suma del total de los activos productivos de todos los agentes económicos involucrados exceda cincuenta mil salarios mínimos, en el territorio nacional.

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

INCISO 2. Procedimiento.

a.) La solicitud de autorización podrá ser presentada por cualquiera de los agentes económicos involucrados en la concentración y deberá ser por escrito, en idioma español y deberá contener lo siguiente: i) una descripción detallada de la transacción, ii.) la identificación de todos los agentes económicos involucrados, iii.) estados financieros auditados de los últimos tres períodos, iv.) una descripción del mercado relevante afectado y sus competidores, v.) la participación en dicho mercado de

los agentes económicos involucrados dicho en la concentración, vi.) la justificación económica de la transacción, y vii) los demás aspectos relevantes de la transacción que indique el Reglamento. Además, la notificación deberá contener un análisis de los posibles efectos anticompetitivos de la concentración si los hubiere, y podrá contener además una propuesta para contrarrestar esos efectos.

b.) La Comisión tendrá diez días naturales para prevenir la presentación de información que haya sido omitida o estuviere incompleta; y para solicitar documentos adicionales por una sola vez, otorgando a las partes un plazo máximo de diez días naturales para su presentación.

c.) La Comisión ordenará publicar a costa de los solicitantes, en un diario de circulación nacional, una breve descripción de la concentración con la lista de los agentes económicos involucrados para que los terceros interesados puedan, dentro de los diez días naturales siguientes presentar la información y prueba pertinente ante la Comisión, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para requerir información a cualquier agente económico.

d) La Comisión tendrá un plazo de treinta días hábiles para emitir su resolución, contados a partir de la notificación de la concentración que contenga toda la información requerida por la Ley y el Reglamento, o en su defecto, de la fecha de presentación de la información prevenida por la Comisión. Concluido dicho plazo sin que la Comisión haya emitido su resolución, la concentración se tendrá por autorizada sin condiciones y sin necesidad de ningún trámite adicional, ni de pronunciamiento de la Comisión.

En casos de especial complejidad la Comisión podrá ampliar el plazo de treinta días antes de su vencimiento, por una sola vez y hasta por otros treinta días naturales.

Si la concentración no genera efectos anticompetitivos significativos, o la propuesta presentada por los solicitantes es adecuada para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos la Comisión deberá autorizarla estableciendo como única condición el cumplimiento de dicha propuesta.

Si la concentración puede generar efectos anticompetitivos significativos que no pueden ser contrarrestados con la propuesta presentada en la notificación, la Comisión lo notificará a los solicitantes, quienes podrán presentar una nueva propuesta dentro de los diez días naturales siguientes.

Recibida la propuesta de los solicitantes la Comisión deberá determinar si no autoriza la concentración o si la autoriza imponiendo condiciones distintas dicha propuesta,

f.) La resolución de la Comisión deberá ser debidamente fundamentada y motivada. Si autoriza la concentración sujeta a condiciones de cualquier tipo, deberá especificar el contenido y plazos de cumplimiento de esas condiciones.

g.) La resolución favorable no prejuzgará sobre la realización de otras prácticas monopolísticas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados.

INCISO 3. Valoración.

La Comisión no aprobará concentraciones que tengan como objeto o efecto: adquirir o aumentar el poder

sustancial, incrementar la posibilidad de ejercer el poder sustancial en el mercado relevante, facilitar la coordinación expresa o tácita entre competidores o producir resultados adversos para los consumidores; salvo que: a.) la concentración sea necesaria para alcanzar economías de escala o desarrollar eficiencias, cuyos beneficios sean superiores a los efectos anticompetitivos; b.) la concentración sea necesaria para evitar la salida del mercado de activos productivos de uno de los agentes económicos participantes en la concentración; c.) los efectos anticompetitivos puedan ser contrarrestados en forma permanente por las condiciones impuestas por la Comisión; y d.) se presente cualquier otra circunstancia que proteja los intereses de los consumidores nacionales

INCISO 4. Condiciones.

La Comisión puede imponer una o varias de las siguientes condiciones para la autorización de una concentración con el fin de reducir o contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de la concentración:

a.) La cesión, el traspaso, licencia o venta de uno o más de los activos, derechos, acciones, sistemas de distribución o servicios a un tercero autorizado por la Comisión.

b.) La limitación o la restricción de prestar determinados servicios, o vender determinados bienes; o la delimitación del ámbito geográfico en que estos pueden ser prestados.

c.) La obligación de suplir determinados productos, o prestar determinados servicios a clientes específicos; o a otros competidores.

d.) La introducción, eliminación o modificación de cláusulas contenidas en los contratos escritos o verbales, con sus clientes o proveedores.

e.) Cualquier otra condición, estructural o de conducta, necesaria para impedir, disminuir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la concentración.

Las condiciones impuestas deberán cumplirse en los plazos que establezca la Comisión y su aplicación no podrá exigirse por plazos mayores a diez años. Sin embargo, al vencerse el plazo, la Comisión podrá ordenar la extensión del plazo si el agente económico aún tiene poder sustancial.

INCISO 5. Falta de notificación previa.

La Comisión podrá investigar de oficio e imponer las sanciones que correspondan por los efectos anticompetitivos y por la omisión de la notificación en aquellos casos en que, debiendo hacerlo, no se haya solicitado previamente la autorización. Además, la Comisión podrá ordenar la desconcentración total o parcialmente, o imponer cualesquiera de las condiciones establecidas en el inciso 4 de este artículo.

INCISO 6. Excepciones.

No podrán ser investigadas con base en la presente artículo las concentraciones que no estén sujetas a la notificación previa obligatoria establecida en este artículo, o que hayan obtenido resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa, o que las condiciones impuestas para la autorización de la concentración no se hayan cumplido en el plazo establecido.”

ARTÍCULO DE OPINIÓN

La tutela de las concentraciones en la legislación costarricense

Las razones económicas para la existencia de las concentraciones, fusiones y adquisiciones pueden clasificarse dentro de dos grandes grupos¹. Por un lado, se argumenta que las empresas pretenden poseer un mayor poder de mercado. Por otro, la concentración, fusión o adquisición puede significar una reducción de costos es decir, un aumento de la eficiencia productiva. De acuerdo a la política competencia, si la causa fuera la primera, dicha política debería impedir la formación de la fusión y, si fuera la segunda sería correcto que la permitiera.

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. De manera que es fundamental el monitoreo de dichas actividades, sin embargo el caso de nuestro país es bastante particular, por el hecho de que en la Ley No. 7472 no es muy amplia para regular el tema de las concentraciones.

Concretamente la legislación costarricense señala que una concentración podría ser 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,

¹ *El control previo de las fusiones y concentraciones y la defensa de la competencia en los mercados. Y Viscusi, W. K., J. Vernon and J. E. Harrington, JR. 1996. Economics of Regulation and Antitrust, Cap. 7 y Cap. 8. MIT Press.*

que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

La Ley da facultades a COPROCOM para ordenar la desconcentración parcial o total de la transacción por concentración; sin embargo no es claro el procedimiento a seguir; y no se cuenta con un mecanismo de notificación previa para valorar las concentraciones debido a que dicha Ley se inclinó por establecer un control de fusiones "ex post", en cambio de un control "ex ante".

Se puede decir que operativamente la Comisión realmente no cuenta con herramientas adecuadas para lograr revertir una situación ya consolidada. No obstante, vista esta experiencia y la realidad de haber tenido relativamente pocos casos, el control de fusiones en Costa Rica permite que COPROCOM imponga sanciones hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual. De manera que según el artículo 28 de la Ley No. 7472 se pueden aplicar las siguientes sanciones:

- 1) **“La suspensión, la corrección o la supresión de la concentración de la práctica o concentración de que se trate.**
- 2) **La desconcentración, parcial o total, de cuanto se hay concentrado indebidamente, sin**

perjuicio del pago de una multa que proceda.

- 3) (...).
- 4) **El pago de una multa, hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna de las concentraciones prohibidas en esta Ley.**
- 5) **El pago de una multa, hasta por setenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas”.**

Por otro lado, la misma Ley No. 7472 indica que serán sancionadas con una multa máxima de 410 veces el salario mínimo las concentraciones prohibidas y que en la investigación de las concentraciones se deben seguir los criterios para determinar el poder sustancial en el mercado relevante, siendo éstos los mismos criterios utilizados para el análisis de las prácticas verticales.

Un aspecto que se debe destacar como relevante es que el procedimiento de notificación previa se ha tratado de solventar incorporando dicho mecanismo en las leyes específicas que regulan un sector en particular. Como ejemplo de lo anterior se puede citar la Ley de Protección al Trabajador que un su artículo 47 incorporó como requisito

para autorizar una fusión por parte de la Superintendencia de Pensiones (SUPEN). Es decir, si dos operadoras de pensiones están interesadas en fusionarse deben solicitar la autorización a la Superintendencia de Pensiones, órgano que debe consultar a la Comisión para Promover la Competencia como parte del procedimiento para que dicha instancia autorice tal concentración.

A partir de lo dispuesto en la Ley de Protección al Trabajador la SUPEN consulta a COPROCOM las operaciones de la Operadoras de Pensiones Complementarias (OPC), tal como en el caso de la **FUSIÓN DE LAS OPERADORAS DE PENSIONES BANEX-INTERFIN**. El objetivo de esa fusión era crear una nueva operadora que pertenezca por partes iguales a las corporaciones Banex e Interfín. Se argumentó que tal unión permitirá por un lado, una mayor cobertura del mercado en beneficio de los clientes, y por otro recuperar la inversión inicial, en especial la que realizaron para la afiliación en el segundo pilar, en un plazo menor, debido a la administración de carteras de mayor volumen. Asimismo se señala que la administración de carteras más grandes daría a la nueva entidad mayor poder de negociación en los mercados financieros (locales e internacionales) con mayor presencia, logrando ventajas en nuevas emisiones.

Del análisis realizado en este caso se llegó a las siguientes conclusiones:

A. Las operadoras de pensiones Banex e Interfín son agentes competidores en el mercado de la administración de los fondos de capitalización laboral y de los fondos del régimen de pensiones complementarias.

B. Del análisis de los elementos que determinan el poder sustancial: participación de mercado, barreras de entrada, existencia de competidores y comportamiento reciente, se concluyó que las operadoras bajo estudio no contaban, individualmente, con poder sustancial en el mercado relevante definido y que la fusión no lleva a que lo ostenten.

C. Dada la estructura de este mercado, (dos empresas más grandes y las demás relativamente pequeñas), y sus características (un mercado a escala), no se consideró que la fusión de estas operadoras de pensiones podía tener algún efecto anticompetitivo en el mercado, ya que si bien se disminuía el número de empresas en el mercado, la Comisión consideró que una fusión de dos empresas de tamaño pequeño a moderado en un mercado dominado por una empresa que concentra la mayor parte de este, ayuda a que exista una mayor capacidad de respuesta ante las decisiones unilaterales de la empresa de mayor tamaño en el mercado.

Así, la Comisión en acuerdo firme tomado en la Sesión Ordinaria N° 14-01 del 2 de mayo de 2001 emitió opinión favorable, en el sentido que del estudio realizado no se desprende que la fusión de las operadoras de pensiones Banex e Interfín pudiera tener algún efecto anticompetitivo en el mercado de la administración de los fondos de capitalización laboral y de los fondos del Régimen de Pensiones Complementarias.

**“LA COMPETENCIA BENEFICIA AL
CONSUMIDOR”**

Las opiniones en los artículos de opinión son responsabilidad del autor y no necesariamente corresponden a la posición de la Comisión para Promover la Competencia y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Consejo Editorial de Competencia

Licda. Isaura Guillén M.
Licda. Marietta Arias R.

**COMISIÓN PARA PROMOVER LA
COMPETENCIA**

**Edificio del IFAM, Urbanización los
Colegios. Moravia.
Apartado Postal 10216-1000.
San José, Costa Rica**

Teléfonos 235-82-22 ó 235-27-00

Tel/fax: (506) 236-75-24

Web: <http://www.coprocom.go.cr>

E-mail: coprocom@meic.go.cr

**En la mayor disposición de servirles
Esperamos recibir sus comentarios,
artículos de opinión y sugerencias**