

EN ESTA EDICIÓN:

NOTICIAS

A) Investigación de oficio en el mercado de lava vajillas.

B) Investigación de oficio en el mercado de las empresas de transporte marítimo.

DÉCIMO MÓDULO:

Curso Básico sobre Competencia

Tema: Las Concentraciones Económicas

JURISPRUDENCIA

A) Investigación Preliminar en el mercado de restaurantes de comidas rápidas. **D-010-04**

COMUNICADO DE PRENSA

Sobre la resolución final en el caso de la investigación de oficio contra la Corporación de Supermercados Unidos, **IO 009-01**

NOTICIAS:

A) Investigación de oficio en el mercado de lava vajillas.

La COPROCOM en el artículo sexto de la sesión ordinaria No. 30-05 conoció el informe de admisibilidad de la denuncia presentada por el señor Juan Diego Quirós Delgado contra la empresa Ecolab S.A. En ese sentido, COPROCOM aprobó la recomendación de la Unidad Técnica y ordenó la realización de una investigación preliminar en el mercado con el fin de obtener indicios que permitan definir la existencia o no de prácticas monopolísticas.

B) Investigación de oficio en el mercado de las empresas de transporte marítimo.

Visto el informe de la Unidad Técnica sobre el caso referente a Demurrage Collection Services, la Comisión determinó en el artículo séptimo de la sesión 30-05 solicitar a la Unidad Técnica que inicie bajo una investigación de oficio un requerimiento de información a las empresas de transporte marítimo en el país, que tienen relación con la empresa Demurrage Collection Services Inc., con el objetivo de evaluar algunas conductas en relación con lo dispuesto por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

DÉCIMO MÓDULO

CURSO BÁSICO SOBRE COMPETENCIA

Tema:

LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Preparado por: Lic. Guillermo Rojas

Introducción

Las concentraciones de empresas constituyen un fenómeno reciente que aparece como consecuencia de la producción y comercio en gran escala, necesario para la satisfacción de necesidades masivas. Ha sido definido como un fenómeno económico que responde a la evolución del capitalismo moderno, en la búsqueda por satisfacer necesidades de un mejor aprovechamiento de recursos de varias empresas mediante la unificación de la dirección y decisión de las empresas agrupadas.

El acceso a la información relevante es el factor más importante para garantizar que una fusión haya sido evaluada con precisión. En un mundo con información perfecta, las dependencias encargadas de hacer cumplir las leyes necesitarían examinar sólo las funciones de demanda y oferta a las que se enfrentarían las partes que se fusionan, para estimar si la fusión dañaría o no la competencia de manera sustancial. Por desgracia, no se está en ese supuesto y estas dependencias deben recurrir a fuentes indirectas de información.

Trataremos de detallar en esta investigación los componentes más importantes que envuelven el concepto de concentración y su tratamiento legislativo a nivel internacional y nacional.

I. Definición de concentración

La concentración de empresas se entiende como la agrupación de agentes económicos de manera física (fusión en una sola) o como forma de hacerse con el poder (grupo de empresas). Existen varias formas de concentración: fusión, absorción, control financiero, acuerdos de vinculación vertical, horizontal, conglomerados y vinculación personal. Por lo anterior, cuando se refiere al concepto de concentración se hace referencia a cualquiera de las formas anteriores.

Para el caso de Costa Rica, se entiende 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 concentración horizontal se refiere a la concentración de empresas de la misma industria que operan en la misma etapa del proceso de producción. Asimismo, por concentración vertical se refiere a la concentración de agentes económicos de la misma industria pero que operan en diferentes etapas del proceso de producción. Finalmente, la fusión de conglomerados se refiere a la situación de concentración en que las partes no poseen una relación económica evidente. En ese sentido, en la mayoría de los países, las autoridades

encargadas de vigilar que se cumplan las prácticas competitivas tienden a ignorar las fusiones de conglomerados, las cuales no tienen componentes verticales ni horizontales.

Lo esencial para que se considere que hay una concentración es que exista un cambio, de derecho o de hecho, en la estructura de control de las empresas, siendo éste un criterio cualitativo que debe valorarse caso por caso y que se tenga la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa.

Finalmente, podemos definir el control de concentraciones en términos de la facultad de los poderes públicos para examinar proyectos de concentraciones de empresas e impedir las o condicionarlas. El fundamento para esta facultad de las autoridades es de naturaleza preventiva. Se trata de evitar que algunas concentraciones empresariales puedan causar perjuicios a la competencia al provocar unas estructuras en el mercado potencialmente dañinas para la misma.

II. Formas de Agrupamiento Empresarial

Expondremos, brevemente, algunas modalidades de concentración empresarial y explicaremos su funcionamiento.¹

1 Concentraciones de tipo primario y de tipo secundario

Las concentraciones se clasifican en concentraciones de tipo primario y de tipo secundario.

Concentración de tipo primario

En el tipo primario, la concentración tiene por objeto aumentar la talla y el poderío económico de las empresas, disminuyendo su número. Una concentración de tipo primario se logra por la fusión de sociedades. Realizada la fusión, las empresas pierden su independencia tanto jurídica como económicamente. Hay dos modalidades de fusión: fusión por absorción y fusión por amalgama. En la fusión por absorción, una sociedad absorbe el patrimonio de otra u otras, que desaparecen como personas jurídicas. La sociedad absorbente incrementa su capital y su patrimonio; quienes eran socios o accionistas de las sociedades absorbidas pasan a ser socios o accionistas de la absorbente. Por otra parte, en la fusión por amalgama dos o más sociedades acuerdan crear una nueva sociedad, a la cual transfieren todo su patrimonio después de lo cual desaparecen las fusionadas. Esta nueva sociedad, producto de la fusión, tendrá un patrimonio formado con la suma de los patrimonios de las fusionadas y los socios o accionistas de éstas pasan a ser socios o accionistas de aquélla. En otras palabras, se aumenta el volumen de una empresa, a expensas de la existencia de varias.

Concentración de tipo secundario

¹ Champaud, Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions; Ferro Astray, Empresas Controladas; Rodríguez Olivera, Contratos de Distribución: Agencia y Concesión y Rodríguez Olivera, Agrupaciones Societarias.

En la concentración de tipo secundario, se mantiene el mismo número de sociedades existentes formando enjambres integrados a una organización económica (CHAMPAUD). La doctrina distingue dos motivaciones básicas para que existe una concentración de tipo secundario: la colaboración y el control.² Las concentraciones de empresas cuyo objetivo es la colaboración, no son determinantes de una incidencia dominante de una de las empresas sobre otra. La concentración se obtiene a través de contratos tales como los joint ventures, los grupos de interés económico, los consorcios o sociedades accidentales. En estos casos, la independencia jurídica y económica de las empresas agrupadas no se ve afectada.

Por otro lado, las concentraciones de empresas cuyo objetivo es el control, se caracterizarán por el hecho de que algunas empresas se encontrarán sujetas a un centro de decisión dominante. Este tipo de concentración presupone la existencia de una pluralidad de sujetos, personas físicas o jurídicas, propietarios de sus respectivas empresas y presupone, también, la existencia de uno de esos sujetos ejerciendo dominio sobre los demás. Las empresas mantienen su independencia jurídica, pero pierden autonomía desde el punto de vista económico.

Ahora, ¿cómo se logra el dominio de uno sobre otros? Existen dos clases que deben ser distinguidas, según ya sea el contralor interno o externo.

Cuando existe contralor interno, se mantiene el mismo número de sociedades existentes; pero la sociedad

² Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*.

en etapa de desarrollo adquiere participaciones o acciones de las otras sociedades que quedan, así, bajo su contralor. De esta forma el dominio se ejerce desde el interior de las empresas dominadas.³

Por otra parte, en las hipótesis de contralor externo, un sujeto jurídico ejerce el dominio sobre otro u otros, utilizando su mayor poderío económico, para imponer su propia voluntad. Los sujetos dominados se someten al contralor porque desde el punto de vista económico les interesa seguir las directivas que se les imponen. En otras palabras, en general, los sujetos controlados se someten porque les conviene. Generalmente, cuando el contralor es externo, las personas dominadas conservan sus órganos de administración naturales, que se reservan cierta autonomía para distintos aspectos de su gestión.⁴

2 Concentración vertical y horizontal

Como lo expusimos en la primera sección, en la concentración vertical se agrupan empresas interesadas de modo sucesivo en un ciclo económico: por ejemplo, en distintas etapas de la producción y, luego, de su comercialización. En la concentración horizontal se coordina la actividad de

³ A veces, la dominante tiene la totalidad de las cuotas sociales o acciones de la sociedad dominada; otras veces la dominante tiene participaciones sociales que le permiten tener mayorías requeridas para adoptar resoluciones en las sociedades dominadas.

⁴ Por ejemplo, un empresario celebra un contrato de suministro con un fabricante y por ese contrato absorbe toda su producción, pero le impone las consiguientes condiciones. En algunos casos puede existir concentración financiera en virtud de la cual, el sujeto dominante logra una participación en las utilidades de las dominadas.

entidades que desarrollan el mismo giro, reglamentando de común acuerdo su concurrencia en un determinado mercado.⁵

Puede existir, a la vez, concentración vertical y horizontal. Es el caso en que un fabricante impone a los comerciantes que distribuyen sus productos, condiciones de comercialización. Cada uno de ellos dirige una empresa satélite que gira en torno al fabricante. Entre fabricante y comerciantes existe concentración vertical, pero entre esos comerciantes interesados en el mismo estadio del ciclo económico existe concentración horizontal. Al agrupamiento de empresas que se dedican a productos o servicios disímiles, se le denomina conglomerado.

3 Concentración societaria y conjunto económico

Cuando los acuerdos de concentración empresarial se celebran entre sociedades, se utiliza la expresión "*concentración de sociedades*". Esta modalidad de concentración no supone, en principio, que exista comunicación de responsabilidad entre las sociedades intervinientes. Los actos, derechos y obligaciones de cada una se imputan a la sociedad actuante en cada caso.

La concentración societaria puede derivar en lo que se conoce como "*conjunto económico*". La expresión "*conjunto económico*" carece de una dimensión jurídica generalmente aceptada. Sin embargo, tanto en el ámbito del Derecho Tributario como del Derecho Laboral, se maneja esta expresión, fundada en la existencia de alguna de las modalidades referidas de

concentración empresarial, para sustentar la comunicación de responsabilidad entre los sujetos que integran el conjunto económico.⁶

III. Las concentraciones anticompetitivas

La teoría de la competencia describe una serie de estructuras de mercado, desde un mercado de competencia perfecta con varias empresas compitiendo entre ellas, sin que alguna pueda influenciar el precio de mercado individualmente; el oligopolio, donde el mercado está integrado por pocas empresas, en el cual cada una cuenta con cierto nivel de poder sobre el precio de mercado pero que se encuentran restringidas por la rivalidad con las otras compañías, hasta el monopolio, donde una sola empresa fija el precio de manera unilateral.

Algunas veces las estructuras de mercado tienden a concentrarse con el paso del tiempo, conforme algunas empresas triunfan y crecen mientras que otras quiebran. En muchos casos algunas empresas crecen no como consecuencia de sus esfuerzos por competir, sino debido a una fusión.

Cuando una empresa ejerce su poder de mercado puede dañar a los consumidores (y a otros productores) mediante precios más altos que los competitivos, menor producción y productos de baja calidad. Las autoridades a cargo de vigilar la competencia deben identificar y controlar los abusos del poder de mercado. Las razones para controlar las fusiones son simples: resulta mucho mejor evitar que

⁵ Rodríguez Olivera, *Agrupaciones Societarias*.

⁶ Rodríguez Olivera, *Contratos de Distribución: Agencia y Concesión*.

las empresas ganen poder de mercado que intentar controlar el poder de mercado una vez que éste existe. Las políticas de fusión eficaces requieren una decisión en cuanto al impacto de una fusión sobre la competencia antes de que ocurra dicha fusión.

Una gran parte de las fusiones entrañan poca o ninguna amenaza para la competencia en cualquier mercado. Muchas de ellas simplemente consisten en inversiones de empresas con liquidez disponible. Otras, buscan un mayor empleo de recursos subutilizados de la compañía (como, por ejemplo, el caso de una empresa que ha desarrollado conocimientos expertos para comercializar los productos de consumo de la otra empresa, o una compañía que haya desarrollado una nueva tecnología que busca nuevas aplicaciones para ésta).

Por otra parte, algunas fusiones pueden dañar seriamente la competencia al incrementar significativamente la probabilidad de ejercer el poder de mercado.⁷

Las leyes de competencia identifican y prohíben dos formas de conducta no competitiva aparte de las fusiones: el abuso de la posición dominante por parte de una sola empresa y ciertos acuerdos restrictivos entre dos o más empresas.

Las fusiones no competitivas son las que incrementan significativamente la probabilidad de que dicha conducta se observe. Las fusiones horizontales son las más sospechosas en este sentido, ya que, por definición, reducen el número de competidores independientes en un mercado dado. El impacto

anticompetitivo de las fusiones horizontales puede dividirse en dos grandes categorías: los efectos unilaterales y los efectos coordinados. Veamos, una fusión que trae consigo efectos unilaterales contra la competencia crea una sola empresa con poder de mercado considerable o aumenta significativamente el poder de mercado del que ya goza una sola empresa. Inclusive, una fusión puede crear un monopolio. Aun si no se crea un monopolio, la fusión podría generar una empresa con el poder de mercado suficiente (o fortalecer la posición de una empresa que ya cuenta con poder de mercado) de modo que eleve su precio por arriba del nivel competitivo, con el consecuente daño duradero a los consumidores. Además pueden imponerse barreras de entrada de forma que las nuevas empresas (o las ya existentes que operan en otros mercados) no puedan acceder fácilmente al mercado como resultado de los mayores precios y utilidades.

Otro tipo de impacto unilateral anticompetitivo puede presentarse en los mercados caracterizados por productos de una producción compleja donde intervienen diversas materias primas para su producción. Este tipo de productos tiene características que los distinguen, como las especificaciones técnicas o la imagen de marca, que atraen más a cierto tipo de comprador que otro. De este modo, una fusión entre dos competidores que venden productos que son sustitutos cercanos será probablemente más atractiva para las compañías involucradas y más peligrosa para la competencia. Luego de la fusión, si la empresa eleva su precio, un gran porcentaje de las ventas que se perderían quedaría ahora dentro de la misma empresa. En otras palabras, cuanto más cercano sea el producto

⁷ Ordover, Janusz, y Robert Willig. 1993. "Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey." *Review of Industrial Organization* 8 (2) : 139-50.

como sustituto, más se relaja la restricción de precio gracias a la fusión y más probable resultará que la consecuencia de la fusión consista en un aumento unilateral del precio para, por lo menos, el producto en cuestión (y posiblemente también para el producto de la empresa adquirida).⁸ De este modo, una fusión horizontal puede cuestionarse aun si existen varias empresas operando en el mercado.

En atención a los efectos coordinados, una fusión horizontal puede reducir la competencia al facilitar que las empresas que quedan en el mercado coordinen su conducta, de modo que pueda no alcanzarse el precio, cantidad y calidad de competencia. Más bien, estas empresas se pueden apropiarse de cierta cantidad de rentas monopólicas u oligopólicas. Por ejemplo, en los acuerdos explícitos e implícitos sobre el precio a fijar, qué vendedores abarcan qué zona geográfica y qué vendedor se encarga de ciertos clientes en particular. La experiencia ha demostrado que este tipo de acuerdos anticompetitivos tienen una mayor probabilidad de ocurrir y de tener éxito en industrias con ciertas características: productos homogéneos, ventas frecuentes y pequeñas y costos similares entre empresas. Asimismo, dadas estas características industriales, resulta más fácil para un número limitado de empresas alcanzar y mantener un acuerdo explícito o implícito de lo que resulta para un grupo más grande. Así, en ciertas industrias las fusiones pueden entonces aumentar la probabilidad de que las empresas que

⁸ Por otro lado, cuanto más fácil sea para otras empresas en el mercado reposicionar sus propios productos para reemplazar la competencia cercana que ofrecía el producto de la empresa adquirida, será menos probable que la fusión permita que la empresa fusionada eleve sus precios.

queden fuera del acuerdo se sometan a conductas anticompetitivas coordinadas.

En relación a las fusiones verticales, es menos probable que resulten en pérdida de competencia, ya que no reducen de inmediato el número de competidores en un mercado. Dichos acuerdos son en muchas ocasiones benéficos tanto para las empresas como para los consumidores. Por ejemplo, pueden facilitar la inversión de largo plazo, mejorar la calidad de los productos y capacitar a nuevas empresas para ingresar al mercado. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales las fusiones verticales pueden dañar la competencia.⁹

Así por ejemplo, una fusión vertical puede mejorar la posición de la empresa dominante al aumentar la dificultad para entrar a su mercado. Considérese una empresa dominante o monopólica que produce un bien en particular. Un competidor más pequeño que considera expandirse, por ejemplo, mediante la construcción de una nueva planta de producción, puede requerir comprar ciertas materias primas indispensables. De manera similar, un participante potencial podría necesitar contratar proveedores de servicios de almacenaje, transporte o distribución en ese mercado. Si la empresa dominante se fusiona con proveedores de insumos o servicios indispensables, puede ser capaz de negar estos productos o servicios a los competidores potenciales, con lo que protege su posición dominante. Esta fusión vertical puede dañar inmediatamente a los consumidores si la competencia potencial de alguna de estas empresas

⁹ White, Lawrence J. 1994. "Application of the Merger Guidelines: The Proposed Merger of Coca-Cola and Dr. Pepper." In J. E. Kwoka and L. J. White, eds., *The Antitrust Revolution, Second Edition*, Boston: Scott, Foresman.

externas fuera causa de que la empresa dominante restringiera la fijación de precios. Lo que sería más probable es que dañara a los consumidores en el futuro, conforme los participantes potenciales, que ya enfrentan la difícil perspectiva de competir con un productor local dominante, ahora se enfrentarían a la necesidad de adquirir materias primas de puntos más distantes o de establecer sus propios sistemas de transporte y distribución.

El requisito más importante para cuestionar una fusión vertical bajo estos razonamientos consiste en que una de las partes tenga la posición dominante en su mercado. Una segunda condición necesaria reside en que el control de la empresa dominante del mercado relacionado verticalmente puede aumentar las barreras de entrada a su propio mercado.

IV. Información relevante en una investigación de fusiones

Existen varias fuentes de información importante en un análisis de fusión, incluyendo las partes de la fusión, los competidores, los clientes, los proveedores actuales y potenciales, así como las fuentes públicas y gubernamentales. Ninguna fuente es excesiva en una investigación profunda de fusiones. Incluso, pueden existir distintas fuentes dentro de una categoría dada, tales como los clientes grandes y pequeños, que requieren que la dependencia a cargo de la investigación busque información que surja de un corte transversal de participantes. Mientras que la información disponible al público es útil para las dependencias investigadoras, un estudio a profundidad casi siempre exige el acceso a información privada y comercialmente

delicada, que es confidencial. Por ello, la entidad encargada del cumplimiento de las reglas de competencia debe ser capaz de garantizar la confidencialidad para las partes que suministren dicha información.¹⁰

Las partes de la fusión representan la fuente de información a la que se recurre primero y que es a menudo la más importante. Las presentaciones iniciales de las partes frecuentemente permiten a las dependencias encargadas de hacer cumplir las leyes, determinar con rapidez si la fusión en cuestión requerirá de un examen más detallado. Debido a que la mayoría de las fusiones no son una amenaza para la competencia, es posible llegar con frecuencia a dicha determinación únicamente contando con esta información, suponiendo que ésta sea cierta y completa o complementándola con otros datos disponibles públicamente.¹¹

Las agencias de competencia hacen preguntas respecto a temas internos tales como líneas de productos, clientes, proveedores y participaciones de mercado, así como sobre asuntos externos como el mercado relevante, los competidores y sus participaciones de mercado, la disponibilidad de sustitutos, el papel de la competencia extranjera y la potencial, la naturaleza de la innovación y el cambio en el mercado y el grado de reglamentación gubernamental.

Los medios a través de los cuales las autoridades encargadas de vigilar la competencia obtienen información de los

¹⁰ White, Lawrence J. 1994. "Application of the Merger Guidelines: The Proposed Merger of Coca-Cola and Dr. Pepper." In J. E. Kwoka and L. J. White, eds., *The Antitrust Revolution, Second Edition*, Boston: Scott, Foresman.

¹¹ Ordover, Janusz, y Robert Willig. 1993. "Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey." *Review of Industrial Organization* 8 (2) : 139-50.

participantes de la industria, incluyendo tanto las partes en la fusión como terceras partes, tales como clientes y proveedores, difieren entre países. Estos dependen de las herramientas legales que la dependencia dispone para obtener datos, así como las prácticas comerciales que prevalecen. Normalmente, la fuente más importante de información proporcionada por las partes en la fusión la integran sus documentos comerciales. Suponiendo que dichos documentos hayan sido elaborados en el curso del desempeño normal del negocio, y no explícitamente para la investigación sobre la fusión, habitualmente tienen un alto nivel de credibilidad y pueden ofrecer valiosas perspectivas acerca de temas tales como la definición del mercado y los posibles efectos competitivos de la transacción.

Los participantes en la industria distintos a las empresas involucradas en la fusión —las terceras partes— también son fuentes importantes de información. Los compradores, por ejemplo, pueden suministrar información sobre la definición del mercado. Los competidores actuales y potenciales pueden contribuir con el investigador en lo que respecta a las condiciones de entrada.

V. La Notificación Previa

La mayoría de leyes antimonopolio que controlan las fusiones, requieren una notificación previa, es decir, que se dé a conocer la intención de realizar la fusión antes de que se consume. El propósito de dicho requisito es evidente: permitir a la autoridad que investigue la transacción y, de ser necesario, impedirla o modificarla antes de que se

lleve a cabo. Las leyes de notificación previa varían entre países, como reflejo de las distintas condiciones económicas y políticas. Sin embargo, muchas leyes de este tipo tienen varios aspectos en común.

No todas las fusiones deben efectuar una notificación previa. Normalmente sólo las grandes fusiones presentan riesgos importantes para la competencia. Por ello, la ley debe establecer un tamaño mínimo de referencia debajo del cual no se requiera informar de las fusiones.¹² El límite (o límites) de tamaño puede estar expresado en términos de ventas anuales (volumen de ventas), activos totales o ambos. El tamaño de la transacción (el valor de los certificados o de los activos a ser adquiridos o fusionados) y el tamaño de las partes (tamaño mínimo de cada parte) debe estar incorporado al límite establecido. El límite debe expresarse de modo que permita, de ser posible, los ajustes automáticos por inflación (por ejemplo, x número de salarios mínimos).¹³

¹² Sin embargo, ello no significa que las fusiones por debajo de este límite no estén sujetas a la ley de control de fusiones. La autoridad a cargo de vigilar la competencia debe conservar el poder de cuestionar dichas fusiones, deshaciéndolas luego de la conclusión de ser necesario o impidiéndolas si tiene información de ellas anticipadamente por medios distintos a la notificación previa. Las leyes de algunos países permiten que las partes entreguen notificaciones voluntarias a la autoridad. Las reglas y procedimientos de la ley de notificaciones se aplican en su totalidad a estas notificaciones voluntarias.

¹³ En algunos países, el límite de notificación se expresa totalmente o en parte en términos de una participación mínima de mercado; por ejemplo, una fusión que resulte en una participación de mercado superior a 25% debe ser notificada. La dificultad de esta prueba es que es subjetiva, pues requiere que las partes en la fusión definan el mercado relevante para propósitos de notificación de la transacción. Definir un mercado es un ejercicio complejo. Las partes involucradas podrían definir el mercado relevante de modo que no fuera necesario notificar. Su definición de mercado, sin embargo, podría ser errónea y aunque realizada de buena fe, podría resultar en que no se notificara una fusión potencialmente anticompetitiva.

La ley debería especificar la información que debe proporcionarse con la notificación. En la mayoría de los países la notificación inicial no es muy extensa. Debe contener la información suficiente para advertir a la entidad a cargo de vigilar la competencia de posibles problemas competitivos. La entidad entonces recabará información adicional para tomar una decisión más sustentada.¹⁴

Luego de la entrega de la notificación inicial, se requiere que las partes esperen durante un periodo determinado antes de consumir la transacción. Este plazo de espera normalmente es corto, de alrededor de un mes. Durante el plazo inicial de espera, la entidad que vigila la competencia tiene el poder de requerir que las partes presenten información específica adicional. La emisión de esta segunda solicitud de información alarga el plazo de espera, mientras que las partes recaban la información y la dependencia la analiza. La ley puede contemplar que el periodo de espera se suspenda hasta que las partes cumplan a cabalidad con la segunda requisición, luego de la cual el periodo comienza a contar de nuevo. Este esquema proporciona un fuerte incentivo a que las partes aceleren el proceso de recabar información y a que su respuesta sea lo más completa posible. Por otro lado, la dependencia no debe tener discreción ilimitada para alargar el periodo de espera debido a solicitudes de información demasiado técnicas.

Las reglas de notificación deben dar a la dependencia y a las partes cierta flexibilidad para modificar los

¹⁴ Ordover, Janusz, y Robert Willig. 1993. "Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey." *Review of Industrial Organization* 8 (2) : 139-50.

procedimientos. Podrían, por ejemplo, acordar extender el periodo de espera. O, también, la dependencia podría tener el poder de acortar el periodo de espera, una vez que haya determinado que no cuestionará la transacción. La ley debe garantizar a la dependencia el poder de adoptar reglas y disposiciones, habiendo dado al público la notificación apropiada para poner en práctica los procedimientos de notificación y ofrecer exenciones de los requisitos de informar de transacciones que se considere que no presentan problemas competitivos. Por último, la ley debe establecer sanciones adecuadas, normalmente bajo la forma de multas, para impedir y castigar las violaciones a los requisitos de notificación.¹⁵

VI. Tratamiento de las concentraciones en Costa Rica

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las operaciones de concentración económica se encuentran prohibidas cuando las mismas provoquen efectos restrictivos sobre la libre competencia o cuando generen una posición de dominio en el mercado. Al respecto el artículo 16 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor enuncia lo siguiente:

"ARTICULO 16.-
Concentraciones
Se entiende por concentración la fusión, la adquisición del control o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las

¹⁵ *Merger Cases in the Real World - A Study of Merger Control Procedures*, OECD.

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.”

Adicionalmente, en la investigación de las concentraciones, deben seguirse los criterios de medición de comprobación de poder sustancial en el mercado relevante, tal y como lo determinan los artículos 13 y 14 de la Ley de marras.

Sin embargo, la legislación costarricense, a diferencia de otros países tales como Estados Unidos, México y Brasil, no cuenta con una política preventiva respecto a las fusiones y adquisiciones de empresas, ya que la ley no establece el requisito de la notificación previa en este tipo de actos. Esto viene a dificultar el trabajo de la Comisión para Promover la Competencia, ya que por un lado pierde la posibilidad de condicionar la concentración, que es la forma técnicamente correcta y, por otro lado, puede encontrarse en la difícil situación de ordenar una desconcentración ex post. Es decir, una vez que la concentración se ha llevado a cabo.

A pesar de esta limitación legal, de no ser obligatoria la notificación previa, en el control de fusiones en Costa Rica, se han generado mecanismos alternos para efectuar el control *ex ante* en sectores específicos, como lo es el artículo 22 de la Ley de Protección al Trabajador, que establece la obligación a la Superintendencia de Pensiones de consultar a la Comisión para Promover

la Competencia, antes de aprobar una fusión de operadoras de pensiones complementarias.

Asimismo, como parte de las reformas que se van a presentar a la Ley No. 7472, en lo que respecta a concentraciones, se va a someter al legislador la posibilidad de incluir la notificación previa, para casos de empresas que tengan considerable poder de mercado. Lo anterior, con el fin de realizar las acciones necesarias para evitar fusiones, o bien, la modificación de las mismas oportunamente.

Igualmente, una vez que se realice la concentración, la Comisión para Promover la Competencia podría imponer, en el caso de que considere que la concentración es indebida, las siguientes sanciones, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley No. 7472:

- a) *“La suspensión, la corrección o la supresión de la concentración, de la práctica o concentración de que se trate.*
- b) *La desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que proceda.*
- c) *(...).*
- d) *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.*

e) *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”.*

las empresas denunciadas sobre las medidas que deberá aplicar. De no llegarse a un acuerdo o no presentarse el plan en los plazos establecidos, la Comisión impondrá las medidas que considere pertinentes para suprimir los efectos de la concentración.”

Como jurisprudencia de la Comisión para Promover la Competencia, se tiene la concentración de las empresas Scott Paper de Costa Rica y Kimberly Clark de Costa Rica Clark de Costa Rica S.A., que mediante resolución del 15 de octubre de 1996 se estableció el siguiente, por tanto:

“1. De conformidad con los artículos 24 inciso e) y 25 inciso a) de la Ley 7472, solicitar formalmente a las empresas Scott Paper de Costa Rica S.A. y Kimberly Clark de Costa Rica S.A. para que, dentro del plazo de 30 días hábiles, contados a partir de la notificación de esta resolución, presenten un plan de acción ante esta Comisión para revertir eficazmente los efectos negativos a la competencia de la operación de fusión realizada en los mercados de papel higiénico, servilletas, toallas de cocina y pañuelos faciales. Una vez presentado el plan y dentro del plazo de treinta días hábiles la Comisión podrá coordinar los mecanismos que considere convenientes para llegar a un acuerdo con

Ahora bien, tal y como se explicó anteriormente, cuando se analiza una concentración, se deben analizar tres aspectos importantes desde el punto de vista económico: la definición del “mercado relevante” en el cual se desarrolla la concentración, los “grados de concentración” que pueden surgir de las integraciones económicas de los agentes que en ellas participan y la manera de determinarlos, y finalmente el “poder sustancial en el mercado relevante” que adquirirá el agente económico resultante de ella.

4 Definición del Mercado Relevante

Para el análisis de una concentración es muy importante el concepto del mercado relevante, ya que define el ámbito dentro del cual la empresa adquirente pudiera abusar de su poder de mercado.

El mercado relevante se define como el ámbito en el cual se agrupan los productos o servicios que son sustituibles entre sí en términos de uso y precio, considerando las características de los productos, su localización geográfica y la oportunidad para acceder a los mismos.

De lo anterior, se desprende que el mercado relevante debe analizarse

desde dos dimensiones, el mercado del producto y el mercado geográfico.

Como ejemplo, y como parte de la jurisprudencia de la Comisión para Promover la Competencia, en el artículo tercero, de la Sesión Ordinaria No. 14-01, celebrada el 2 de mayo del 2001, se analizó el caso de la fusión de las operadoras de pensiones Banex e Interfin, en el que se definió el mercado relevante como: la administración de los fondos de capitalización laboral y los fondos de pensiones complementarias, ya sea que provengan del régimen voluntario u obligatorio.

5 Poder Sustancial

Una vez determinado el mercado relevante, se analiza si en virtud de la operación de concentración, el agente o los agentes económicos participantes tienen, o pudieran llegar a adquirir, la capacidad para fijar precios, restringir el abasto o suministro en el mercado, desplazar a otros agentes económicos o bien impedirles su acceso al mismo, de tal forma que la concentración resultara nociva a la competencia.

Las características de cada mercado, determinaran la forma de medir la participación de los agentes económicos, por ejemplo, en la fusión mencionada, de las operadoras de pensiones, el cálculo de las participaciones de mercado se realizó considerando el número de afiliados de cada operadora. En la investigación sobre la fusión entre Cooperativa de Productores de Leche Dos Pinos R.L. y la Cooperativa Agropecuaria de Coronado R.L., se consideró la participación en las ventas de leche fluida de cada empresa.

De acuerdo con Conrath,

“La participación en el mercado relevante debe ser calculada. Si ésta es mayor del 40%, entonces la posición de la empresa debe ser evaluada para determinar si es una posición dominante. Los factores que deben ser considerados son las condiciones de entrada, características de producción, tamaño relativo de las otras firmas en el mercado y acción del gobierno”¹⁶.

Para determinar la concentración existente en un mercado y el poder sobre el mercado que alcanzará determinado agente económico, es necesario contar con algún parámetro o método para cuantificar esos grados de concentración, para lo que se recurre al cálculo de “índices de concentración” a partir de la participación de cada uno de los agentes económicos.

Los índices de concentración son instrumentos de medición, que sirven para la evaluación de los efectos de fusiones sobre la concentración de los mercados. Los índices de concentración más conocidos para el análisis de competencia son: el Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI)¹⁷ y el

¹⁶ Craig W. Conrath. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*. tr. por Sara Inés Botero (Colombia. 2ª. Edición. 1994), p. 225.

¹⁷ El HHI es una medida que da reconocimiento al tamaño relativo de las firmas en el mercado. El HHI es calculado sumando los cuadrados de las participaciones de mercado individuales para todos los participantes. Por ejemplo, un mercado consistente de cuatro firmas con participaciones de mercado de 30%, 30%, 20% y 20%, tienen un HHI de 2.600. El HHI viene desde 10.000 en el caso de monopolio puro hasta un número que se acerca a cero, en

Índice de Dominancia (ID)¹⁸. Las autoridades encargadas de aplicar la política antimonopolio en Estados Unidos: *“consideran que un mercado con un HHI mayor de 1800 es un mercado concentrado en el cual las fusiones son examinadas detalladamente”*¹⁹.

Si como resultado de la aplicación de los índices de concentración se detecta que la realización de la concentración pueda llegar a dar una adquisición de poder sustancial en el mercado relevante, se evaluarán los efectos que dicho poder tendrá sobre: los competidores, la producción de los bienes y servicios y los consumidores; y si se considera que tales efectos de la concentración resultan anticompetitivos por afectar a los consumidores, tal operación de concentración deberá ser sancionada bajo la ley de la materia.

Finalmente, se debe considerar en el análisis, que el objetivo de muchas empresas que realizan una concentración, puede ser el crear economías de escala y el fortalecer la empresa para tener un mayor crecimiento y poder contar con una estructura competitiva, a nivel nacional e internacional.

6 Procedimiento de Notificación en el Tratado de

el caso de un mercado compuesto de cientos de pequeñas firmas.

¹⁸ Es un índice utilizado por la Comisión Federal de Competencia de México para complementar el índice HHI, ya que considera que en economías en desarrollo los mercados son más pequeños que los de países desarrollados, lo que implica que serán mercados más concentrados. Este índice de Dominancia no penaliza cualquier fusión o concentración, sino que el resultado se hace depender del tamaño relativo de las empresas fusionantes y de la estructura particular en el mercado.

¹⁹ *Ibid.* P. 224.

Libre Comercio Costa Rica-Canadá.

El Capítulo de Competencia del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá, en su artículo XI.3 incluye el proceso de notificación, consulta e intercambio de información entre las agencias de competencia de Costa Rica y Canadá, ante el posible cometido de prácticas anticompetitivas o concentraciones con efectos en el territorio de la otra Parte. En ese sentido, se establece que se notificará a la contraparte en las siguientes situaciones:

- (a) que sean relevantes para la aplicación de mecanismos de observancia de la otra Parte;
- (b) que involucre actividades anticompetitivas, distintas de fusiones o adquisiciones, ejecutadas total o parcialmente en el territorio de la otra Parte y que puedan ser significativas para esa Parte;
- (c) que involucre fusiones o adquisiciones en las cuales una o más de las empresas involucradas en la transacción, o una empresa que controla una o más de las empresas en la transacción, está establecida u organizada bajo las leyes de la otra Parte o alguna de sus provincias;
- (d) que involucre soluciones que expresamente exigen o prohíben una conducta en el territorio de la otra Parte, o que de otra manera se dirigen a una conducta en ese territorio; o

- (e) que involucre la recopilación de información ubicada en el territorio de la otra Parte, sea a través de una visita personal de funcionarios de una Parte o de cualquier otra forma, excepto los contactos telefónicos con una persona en el territorio de la otra Parte, cuando esa persona no es el objeto de la aplicación de mecanismos de observancia y el contacto busca solamente una respuesta oral sobre una base voluntaria.

La notificación normalmente se efectuará tan pronto como una autoridad de competencia de una Parte se entere que las circunstancias en las que procede una notificación conforme a lo dispuesto en el Capítulo de Competencia del Tratado.

VII. Principios Rectores para la notificación y revisión de concentraciones según la Red Internacional de Competencia (ICN siglas en inglés)

1. Soberanía. Las jurisdicciones son soberanas en la aplicación de sus leyes respecto a concentraciones.

2. Transparencia. Con la finalidad de promover consistencia, previsibilidad e imparcialidad, el examen de concentraciones debe ser transparente en cuanto a las políticas, prácticas y procedimientos que conlleva dicho examen, a la identidad de las personas que toman las decisiones, a las pautas sustantivas de análisis, y a la fundamentación y motivación de decisiones adversas.

3. No-discriminación por nacionalidad. En el proceso de examen de

concentraciones, las jurisdicciones no deben aplicar las leyes de competencia y sus normas en forma diferenciada según la nacionalidad.

4. Procedimiento imparcial. Con antelación a una decisión adversa, las partes que prevén concentrarse deberán ser informadas de los riesgos sobre la competencia que sustentan la decisión adversa prevista así como los elementos concretos sobre los cuales se fundamentan dichos riesgos, para que las partes tengan la oportunidad de manifestar su opinión al respecto. La jurisdicciones que llevan a efecto el examen deben ofrecer la oportunidad de que tales decisiones sean revisadas por una instancia ejecutiva distinta. Terceras partes que estiman que serían afectadas porque una operación pudiera conllevar efectos anticompetitivos, deberán poder manifestar su opinión en el transcurso del análisis correspondiente.

5. Examen eficiente, oportuno y efectivo. El proceso de examen de una concentración deberá ofrecer a las autoridades de competencia información necesaria para evaluar los efectos de competencia de concentraciones sin imponer costos innecesarios a las partes. El examen y resolución de concentraciones deberá llevarse a cabo en un plazo de tiempo determinado que a la vez sea razonable.

6. Coordinación. Las jurisdicciones que examinan una misma operación deberán coordinarse, de tal modo que dentro del marco de sus propias leyes, aumenten la eficiencia y eficacia del proceso de examen y asimismo reduzcan costos de la operación.

7. Convergencia. Las jurisdicciones deben intentar que sus procesos de examen de concentraciones converjan hacia prácticas óptimas aceptadas.

8. Protección de información confidencial. El proceso de examen de concentraciones debe proporcionar protección a la información confidencial.

VIII. Casos relevantes de fusiones a nivel internacional²⁰

Brasil

Fusión en la industria del dióxido de carbono y de los gases del aire

White Martins y Unigases Comercial Ltda

La adquisición en los Estados Unidos de CBI Industries Inc., con sede en ese país, por parte de Proxair Inc. provocó algunos cambios en la estructura del mercado brasileño del dióxido de carbono y de los gases del aire (oxígeno, nitrógeno y argón). White Martins, filial de Proxair Inc., se hizo con el control de todas las operaciones realizadas en América del Sur por Liquid Carbonic, filial de CBI Industries, por conducto de la empresa brasileña Unigases Comercial Ltda. La operación provocó un cambio estructural en la región sudoriental del país, al eliminarse la competencia entre White Martins y Liquid Carbonic; White Martins se convirtió en el único proveedor de dióxido de carbono de la región. El análisis de las condiciones de acceso al mercado efectuado por la autoridad de defensa de la competencia del Brasil confirmó la existencia de fuertes obstáculos a la importación del producto en cuestión, así como al acceso a fuentes económicamente viables de materia prima en la región

sudoriental, de propiedad casi en su totalidad de White Martins. En 1999, su cuota de mercado fue del 73,7% del mercado total. Habiendo determinado que el mercado pertinente era la región sudoriental del país, la autoridad del Brasil concluyó que, aun cuando la operación era provechosa en cuanto a eficiencia, confería a White Martins un importante poder de mercado en la región sudoriental. Como la falta de materia prima era la razón de ese poder de mercado del comprador, al constituir un fuerte obstáculo al acceso, las autoridades del Brasil condicionaron la aprobación de la operación al cumplimiento de una serie de requisitos:

- a) Las dos empresas deberían abstenerse, en los seis años siguientes, de participar en todo proceso de licitación de alguna nueva fuente de subproductos de dióxido de carbono que pudiera surgir en la región sudoriental;
- b) Los productos deberían venderse a precios normales, tanto a los competidores como a los distribuidores;
- c) Los límites de los términos de la adquisición deberían fijarse en los contratos de suministro;
- d) Deberían eliminarse todo tipo de condiciones preferenciales o de exclusividad en los contratos de suministro de gas a los clientes de la empresa;
- e) Debería garantizarse la libertad total de los clientes de elegir condiciones FOB (franco a bordo) o CIF (costo, seguro y flete) al comprar los productos de la empresa;
- f) Debería presentarse un informe anual a la autoridad de defensa de la competencia, con información acerca de la evolución del mercado del dióxido de carbono.

²⁰ Informe de la Secretaría de la UNCTAD TD/B/COM.2/CLP/26

Este caso muestra cómo una operación de fusión en un país desarrollado puede repercutir en la economía de un país en desarrollo e incluso desembocar en posiciones dominantes en los mercados de ese país o en parte de él. En el caso presente, las autoridades del Brasil permitieron la operación con sujeción a determinadas condiciones que podían anular los efectos anticompetitivos derivados de la creación de una posición dominante.

Kenya

Fusión en la industria de las bebidas no alcohólicas

Absorción de fábricas de Coca Cola por Coca-Cola South Africa Bottling Company Pty (Coca-Cola SABCO)

A finales de septiembre de 1997, Coca-Cola SABCO (la filial keniana de Coca-Cola International), con apoyo de Coca-Cola África (que tenía su sede en Sudáfrica), presentó una solicitud para la adquisición de Flamingo Bottlers de Nakuru, embotelladora de Coca-Cola. Las investigaciones revelaron que Coca-Cola SABCO ya había adquirido en 1995 Nairobi Bottlers (la fábrica embotelladora de Coca-Cola más importante del país). Esa adquisición se había efectuado sin la aprobación del Ministro de Finanzas, requisito establecido en la legislación sobre la competencia de Kenya. Coca-Cola tenía una posición dominante en el mercado keniano de las bebidas no alcohólicas gaseosas de marca, y la adquisición de SABCO (así como la adquisición anterior de Nairobi Bottlers) parecía formar parte de una estrategia encaminada a fortalecer y mantener su posición dominante en el mercado, haciéndose con el control directo de la producción, la comercialización y el

suministro de insumos de todas las fábricas embotelladoras de Coca-Cola de Kenya. Para estudiar la solicitud de adquisición de Flamingo Bottlers, funcionarios de la autoridad de defensa de la competencia entrevistaron, en octubre y noviembre de 1997, a un gran número de interesados directos en el sector de las bebidas no alcohólicas, entre ellos organismos gubernamentales, consumidores, comerciantes, posibles competidores, asociaciones comerciales y los solicitantes. Al final, el Ministro aprobó la solicitud el 3 de diciembre de 1997, con sujeción a determinadas condiciones. Una de ellas fue que Coca-Cola no absorbiera ninguna de las restantes empresas embotelladoras de Kenya.

Este caso inicia como una violación de las leyes de la competencia por parte de SABCO, que había adquirido una de las fábricas embotelladoras de Coca-Cola de Kenya, sin pedir la aprobación de la autoridad responsable de la defensa de la competencia. Si bien la autoridad de defensa de la competencia de Kenya permitió que se siguiera adelante con la segunda adquisición, decidió que el plan de absorción de las otras empresas embotelladoras y su fusión en una única entidad dirigida por SABCO daría lugar a una concentración horizontal y vertical del poder de mercado y al probable abuso de una posición dominante en el mercado, por lo que decidió poner freno al proceso en ese punto. Así pues, la autoridad keniana aplicó el derecho de la competencia para impedir a una enorme empresa mundial el probable uso de prácticas anticompetitivas en el mercado.

Rumania

Fusión en la industria automotriz

S.C. Automobile Dacia y Renault

En 1999, el Consejo de Defensa de la Competencia de Rumania abrió una investigación sobre la adquisición por parte de Renault S.A., empresa francesa, de la mayoría del capital social de S.C. Automobile Dacia S.A. Pitesti, con cargo al Fondo de Propiedad Estatal. Para apoyar el proyecto Dacia-Renault, el Gobierno rumano estaba dispuesto a conceder ayuda estatal. Renault S.A. forma parte del Grupo Renault, que produce automóviles y vehículos industriales y realiza actividades financieras. La rama de automóviles del Grupo Renault tiene fábricas en más de 30 lugares en Francia y otros países de Europa, América Latina, África y Asia. Renault es la primera marca en cuanto a cifra de negocios de Europa occidental en el mercado de los automóviles privados y los vehículos utilitarios. Renault S.A. no controlaba, directa o indirectamente, ninguna empresa que operara en Rumania en el sector de la fabricación o comercialización de automóviles.

La línea de producción principal de S.C. Automobile Dacia S.A. Pitesti es la fabricación y comercialización de automóviles, vehículos utilitarios, furgonetas, camionetas y ambulancias, para el mercado interno y para la exportación. Sin embargo, los mercados de productos de interés para la fusión eran los automóviles más pequeños de clase intermedia y los vehículos utilitarios, en tanto que los mercados geográficos pertinentes eran Rumania (en los cinco años siguientes, mientras Renault terminara su inversión en Dacia) y, a largo plazo, Rumania y países de Europa central y oriental. Dacia ostentaba una posición dominante en ambos mercados de productos en Rumania, pero sus

perspectivas futuras eran malas debido a su marcada integración vertical, con exceso de personal, equipo e instalaciones viejos y mal mantenidos, baja productividad y productos de mala calidad que no respondían a las nuevas normas de productos rumanas y cuya demanda disminuía a la vez que eran objeto de una creciente competencia basada en los precios.

El Consejo de Defensa de la Competencia aprobó la adquisición, teniendo en cuenta que a largo plazo se lograría una estructura normal de los dos mercados pertinentes, mejoraría notablemente la calidad de los automóviles Dacia con sólo un módico aumento del precio, y había perspectivas a largo plazo de que esos vehículos se vendieran en la Unión Europea y de que su marca se convirtiera en la segunda marca registrada del Grupo Renault.

Sudáfrica Concentración económica en la industria farmacéutica Glaxo Wellcome PLC y Smithkline Beecham PLC

En enero de 2000, Glaxo Wellcome PLC y Smithkline Beecham PLC, dos empresas de la industria farmacéutica de Sudáfrica, presentaron a la Comisión de la Competencia una notificación previa de su propuesta de fusión. La Comisión tenía que determinar si la fusión impediría o reduciría notablemente la competencia, y examinar determinadas cuestiones de interés público (incluido el empleo) con arreglo al artículo 16 de la Ley de defensa de la competencia de Sudáfrica. La Comisión prohibió inicialmente la transacción por motivos de interés público, y también porque impediría o reduciría notablemente la

competencia en algunas categorías terapéuticas específicas. En ese momento, la Comisión sabía que la Comisión Europea también había tenido problemas con esas categorías y estaba en vías de acordar determinados compromisos con las partes. Esos compromisos se acordaron y la Unión Europea aprobó la fusión. La Comisión de la Competencia planteó inquietudes análogas ante las partes en Sudáfrica. A fin de aplicar un criterio coherente a esos asuntos, la Comisión consultó con el personal competente de la Unión Europea, que hizo observaciones muy acertadas sobre el tema. También le proporcionó una copia del acuerdo concertado entre la Unión Europea y las partes en la fusión, después de haber suprimido la información confidencial. La Comisión de la Competencia tuvo entonces que examinar las cuestiones de interés público. Las partes notificaron a la Comisión que sólo algunos empleados de nivel intermedio perderían el empleo de resultas de la duplicación de funciones ocasionada por la fusión. La Comisión aceptó la explicación, considerando que esa pérdida de empleos no pesaría más que las consideraciones sobre la competencia que la Comisión había acordado con las partes.

En el acuerdo definitivo se estipuló que las partes liquidarían (cederían los derechos) de algunas categorías terapéuticas en las que tendrían poder de mercado. La liquidación se refería a medicamentos cuyos derechos de propiedad intelectual estaban a punto de expirar, por lo que pronto se dispondría de productos genéricos. La Comisión permitió que las partes conservaran los productos cuyos DPI todavía no hubieran expirado.

IX. Conclusiones Generales

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor no establece el requisito de notificación previa, o control *ex ante*, por lo que no existe impedimento para que las empresas puedan fusionarse. No obstante, si dicha concentración económica, provoca efectos anticompetitivos en el mercado, la Comisión, ya sea de oficio o por denuncia, puede acordar realizar un análisis *ex post* de la concentración y aplicar lo establecido en el artículo 25 de la Ley No. 7472.

Para determinar si una operación de concentración económica puede conducir a situaciones contrarias a la libre competencia, se requiere de un análisis técnico en el cuál se evaluará la fusión, analizando el mercado relevante, la competencia potencial, las participaciones de mercado, barreras de entrada, características de producción, el tamaño relativo de las empresas, red de distribución y demás aspectos mencionados en el análisis económico.

La realización de una operación de concentración económica entre agentes económicos que se dedican a una misma actividad implica la desaparición de uno o más competidores independientes del mercado, lo cual tendrá un impacto sobre el nivel de competencia efectiva. En un caso extremo, podría llegar a eliminarse toda competencia en los casos de mercados de altas barreras a la entrada, cuando se produce la absorción de los competidores más agresivos.

JURISPRUDENCIA

A) Investigación Preliminar en el mercado de restaurantes de comidas rápidas. D-010-04

Por medio de una carta dirigida a la Administración del Centro Comercial Mall San Pedro, con copia a la Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión para Promover la Competencia, siete restaurantes del centro comercial expresaron su descontento con ciertas medidas realizadas por la Administración del Mall y que a su criterio correspondían a situaciones que competen a la Comisión para Promover la Competencia.

De conformidad con la información de la carta antes mencionada, la Unidad Técnica de Apoyo recomendó a la Comisión para Promover la Competencia, abrir una investigación preliminar por posibles prácticas monopolísticas. La Comisión para Promover la Competencia en la sesión ordinaria N. 44-2004, del 30 de noviembre del 2004, acordó realizar una investigación preliminar en los términos recomendados por la Unidad Técnica.

En el presente caso, correspondía analizar si la Administración del Mall San Pedro estableció la obligación a los restaurantes del centro de comidas de fumigar los locales por medio de una compañía específica. Lo anterior, desde el punto de vista de una eventual imposición de condiciones.

Por otra parte se pretendía analizar la forma en la cual los establecimientos de comida rápida del centro comercial Mall San Pedro, establecen los precios de

venta al consumidor de sus productos; tratando de determinar la posible existencia de conductas anticompetitivas entre éstos, específicamente acuerdos de precios.

Con respecto a la supuesta obligación establecida por parte de la Administración del Mall San Pedro, de que los establecimientos de comidas fumiguen con una compañía específica; es importante destacar el memorando sobre normas de fumigación en los locales del centro de comidas, que consta a folio 098 del expediente y que fue aportado por la denunciada, el cual señala que la fumigación profesional de los locales del área de comidas debe hacerse mínimo una vez cada mes con el fin de evitar la propagación de plagas y es una responsabilidad de los condóminos, inquilinos o arrendatarios.

Asimismo el memorando afirma que la Junta Directiva del condominio Mall San Pedro aprobó el cobro de una multa de \$20.000 para aquellos locales que incumplan las normas de fumigación descritas y autoriza a la Administración para que realice la fumigación de los mismos en el horario que se encuentre abierto el local. El costo del servicio y la multa se le incluye al local dentro de la cuota operativa.

Con el objetivo de corroborar la fumigación de los locales, un representante de la Administración solicita una copia del correspondiente recibo de pago a la empresa de servicios de fumigación que haya sido contratada por los mismos.

Sobre este tema en particular, los denunciados no aportaron ningún documento o prueba contraria a la información aportada por la denunciada, que demuestre la supuesta

imposición por parte de la Administración del Mall de contratar los servicios de fumigación con una empresa en particular; a contrario sensu, la parte denunciada aportó los memorandos de supra cita, en los cuales queda claro que las normas de fumigación del condominio no suponen la obligación de contratar los servicios con una compañía específica.

Por lo tanto, no hay indicios de la existencia de alguna de las prácticas monopolísticas tuteladas en los incisos c) y d) del artículo 12 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, sean “...la venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional...”; o una “...venta o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros...”

En el cuestionario de fecha 18 de mayo del 2005 la Unidad Técnica de Apoyo solicitó a los denunciados la información para determinar si existe alguna relación entre los productos ofrecidos y sus precios. Si bien dicha información no fue suministrada, se procedió a realizar una inspección en el Mall San Pedro.

La visita se efectuó con el fin de observar el comportamiento de los establecimientos de comidas rápidas, en lo relacionado a precios y las comidas ofrecidas. En ese sentido, se constató la variedad tanto en tipo de comidas como en los costos de las mismas, además de existir gran cantidad de restaurantes que poseen notables diferencias, no solo vía precio sino también en la atención al público y calidad de lo ofrecido.

Relacionado a posibles convenios o acuerdos entre los establecimientos, es necesario mencionar que dentro de la práctica de concertación de precios entre competidores, para que la unión sea exitosa es necesario satisfacer condiciones, tanto económicas como operativas, de los miembros y del propio cartel: costos de organización muy bajos o inclusive nulos, que preferentemente el cártel no sea demasiado grande, que la elasticidad del precio – demanda sea muy baja, la estructura sea constante y posible mantenerla en el tiempo, vigilancia del cumplimiento de lo acordado, productos relativamente homogéneos, entre otros²¹.

En relación a las condiciones anteriormente mencionadas y a la interpretación - análisis de este caso en particular, caben resaltar que el Mall posee una oferta de restaurantes – productos de gran diversidad; lo que implica que no existe una uniformidad, por lo que la variedad hace poco probable llegar a un acuerdo de precios entre todos los restaurantes, debido a que al tratarse de comidas muy diferentes se torna irrealizable e irracional la fijación. Asimismo, en lo que se refiere a los restaurantes con comidas “similares” en la visita se pudo observar las diferencias en los precios de los productos, así como en la calidad, y cantidad.

Finalmente, dentro del expediente no constan documentos que indiquen que algún restaurante busca posicionarse como único proveedor de algún tipo de comida o que alguno posee la potestad de operar en forma exclusiva.

²¹ Peredo, Rivera Amílcar. *Competencia económica. Teoría y práctica.* (México: Editorial Porrúa, 2004), pp. 91-95

Tras la investigación realizada, la Unidad Técnica recomendó a esta Comisión el archivo del expediente, al considerar que no existen indicios suficientes de prácticas anticompetitivas que ameriten un procedimiento ordinario. Así se archivó el expediente en virtud de que los hechos alegados y de acuerdo a los datos y documentos que constan en el expediente, no existen indicios de que la Administración del Mall San Pedro haya incurrido en alguna de las prácticas monopolísticas relativas que se le atribuyen en la denuncia. Asimismo, sobre la eventual existencia de algún acuerdo o convenio entre los restaurantes del centro de comidas del Mall San Pedro, en relación con los productos y los precios a que se ofrecen; no existen indicios que evidencien la existencia de alguna práctica monopolística por parte de los restaurantes del centro de comidas del Mall San Pedro.

COMUNICADO DE PRENSA

Sobre la resolución final en el caso de la investigación de oficio contra la Corporación de Supermercados Unidos, IO 009-01

A raíz de la investigación de oficio realizada por la Unidad Técnica de Apoyo dentro de la cual se recibió una denuncia planteada por la empresa DIBOYCO S.A., la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) inició, en el año 2002, un procedimiento administrativo

ordinario contra la empresa Corporación de Supermercados Unidos (CSU) con el fin de determinar si esta habría incurrido en prácticas que lesionaran la competencia y libre concurrencia en el mercado.

Una vez finalizado dicho procedimiento la Comisión para Promover la Competencia acordó, según consta en el artículo séptimo de la sesión ordinaria N° 37-2005, celebrada el pasado 15 de noviembre, tener por comprobadas prácticas anticompetitivas y por ello sancionar a la Corporación de Supermercados Unidos.

Las prácticas en que ha incurrido esta empresa son:

- a) La imposición de la condición a los proveedores de aportar información de terceros principalmente en lo que respecta a la solicitud de estudios de precios que hace esta empresa en los acuerdos de suministro de productos e información que requiere sobre los descuentos otorgados a otros agentes.
- b) El requerimiento a los proveedores de estudios que demuestren o reflejen los cambios de precios en otros competidores como requisito para efectuar cambios en los precios de venta de sus productos.
- c) La imposición a los proveedores de aumentar el descuento otorgado a la cadena CSU cuando detectan precios inferiores por parte de otros competidores.
- d) La invitación a otros agentes, en este caso a sus proveedores, para aplicar represalias a otros agentes competidores con el fin de mantener un diferencial de precios en la

cadena Palí, respecto a esos competidores.

De esta manera se considera responsable a la empresa Corporación de Supermercados Unidos S.A. de la imposición de diversas condiciones, así como de boicot, siendo dichas conductas tendientes a mantener el posicionamiento del formato de supermercados Palí, y constituyendo actos probados que son susceptibles de ocasionar un desplazamiento indebido de agentes económicos y el impedimento sustancial a la entrada.

Por lo antes dicho, se sancionó a la empresa Corporación de Supermercados Unidos, S.A. por la violación al artículo 12 incisos b) y e)²² de la Ley 7472 al pago de una multa de 410 veces el salario mínimo mensual por cada una de las prácticas anteriores, lo que equivale a un total de 1640 veces el monto del salario mínimo, valor que corresponde a ¢205.911.840,0 (doscientos cinco millones novecientos once mil ochocientos cuarenta colones), es decir, aproximadamente \$ 415 278,8 dólares²³.

Asimismo se ordena a la empresa abstenerse en el futuro de promover, incentivar o ejecutar en modo alguno,

²² “....

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

....

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)....”

²³ Tipo de cambio para la venta al 13 de diciembre del 2005.

dentro del mercado nacional, prácticas como las aquí demostradas.

Específicamente, se ordena abstenerse en el futuro de:

- a. Imponer la condición a los proveedores de aportar información sobre cualquier condición de comercialización de éstos con terceros.
- b. Imponer la condición a los proveedores de demostrar que el cambio de precios que solicitan ya se ejecutó en el mercado antes de aceptarla en CSU.
- c. Imponer la condición a los proveedores de aumentar los descuentos a CSU ni disminuirlos a terceros por el solo hecho de que otros competidores ofrecen el producto a precios más bajos.
- d. Invitar o de cualquier forma promover que los proveedores administren el mercado, esto es, a que tomen medidas contra aquellos clientes que ofrecen productos a precio inferior al de Palí.
- e. Utilizar de cualquier forma o por cualquier medio a sus proveedores para tener injerencia en la relación de éstos con sus clientes.
- f. Efectuar imposiciones en contra de sus proveedores y en perjuicio real o potencial de estos y/o sus clientes.
- g. Realizar cualquier acto violatorio del artículo 12 de la Ley No.

7472 u otra disposición contemplada en dicha ley.

Cabe destacar que de conformidad con los artículos 61 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa las partes disponen de un plazo de dos meses contados a partir de la notificación de la presente resolución para interponer ante este órgano recurso de reconsideración o de reposición.

“LA COMPETENCIA BENEFICIA AL CONSUMIDOR”

Las opiniones expresadas 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.

Colaboraron

Lic. Guillermo Rojas G.

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.meic.go.cr/esp/promocion/index.html>

E-mail: coprocom@meic.go.cr

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