

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Comisión para Promover la Competencia

Ministerio de Economía Industria y Comercio

Costa Rica. Mayo de 2014

ANÁLISIS ECONOMICO DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS

Contenido

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN	7
	A. Control económico	8
	B. Algunas modalidades de concentraciones económicas	8
III.	TIPOS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	10
	A. Concentraciones horizontales	10
	B. Concentraciones verticales	10
	C. Concentraciones de conglomerado	11
IV.	DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES	12
	A. Uso de los criterios de sustituibilidad	13
	1. Sostituibilidad desde la oferta	13
	2. Sostituibilidad desde la demanda	14
	3. Posibles enfoques	14
	B. Definición del mercado relevante de producto	16
	C. Definición del mercado geográfico relevante	18
	D. Otros aspectos y dimensiones a considerar en la definición del mercado relevante	19
	1. Dimensión funcional	19
	2. Dimensión temporal	19
	3. Otros	19
V.	PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE	19
VI.	PARTICIPANTES, PARTICIPACIONES Y GRADO DE CONCENTRACIÓN	21
	A. Participantes	21
	B. Participaciones de mercado	22
	C. Grado de concentración	22
	D. El índice de Herfindahl-Hirschmann HHI	23
VII.	EFFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES	24
	A. Efectos unilaterales	25
	1. Sobre los precios, en mercados de productos diferenciados	26
	2. Sobre mecanismos negociados de formación de precios y subastas	27

3.	Sobre la capacidad instalada y la producción, en mercados de productos homogéneos _____	27
4.	Sobre la variedad e innovación de productos _____	28
5.	Sobre la capacidad de expansión de los competidores _____	29
B.	Efectos coordinados _____	29
1.	Evidencias de coordinación pre-existente _____	31
2.	Mercados estables, de baja complejidad y de productos homogéneos _____	31
3.	Grado de concentración del mercado relevante _____	31
4.	Participaciones de mercado simétricas y semejanza de los participantes del mercado _____	32
5.	Ausencia de competidores en el margen (“fringe competitors”) _____	32
6.	Eliminación de un competidor rebelde (maverick competitor) _____	32
7.	Interacción repetida a lo largo del tiempo e interacciones en terceros mercados _____	32
8.	Alta frecuencia y reducido volumen de las transacciones _____	33
9.	Mercados transparentes y mecanismos de intercambio de información _____	33
10.	Fijación de precios en función de una referencia base (“base point pricing”) _____	34
11.	Demanda atomizada, débil y de fácil segmentación _____	34
12.	Baja elasticidad de la demanda _____	34
VIII.	<i>EFFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES VERTICALES _____</i>	34
A.	Exclusión del acceso a insumos _____	35
B.	Exclusión del acceso a clientes _____	36
C.	Efectos coordinados de las concentraciones verticales _____	37
D.	Concentraciones “diagonales” _____	38
IX.	<i>EFFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES DE CONGLOMERADO _____</i>	38
X.	<i>CAPACIDAD COMPENSATORIA DE LOS COMPRADORES VIGOROSOS _____</i>	40
XI.	<i>BARRERAS A LA ENTRADA O EXPANSIÓN DE COMPETIDORES _____</i>	40
A.	Definición _____	40
B.	Tipos de barreras a la entrada _____	41
1.	Barreras legales y tecnológicas _____	41
2.	Inversión inicial y costos hundidos _____	41
3.	Economías de escala _____	41
4.	Tamaño del mercado o de la demanda _____	41
5.	Ventajas de las firmas establecidas _____	42
6.	Efectos de red _____	42
7.	Costos de cambio de proveedor _____	42
8.	Barreras a la entrada generadas por la propia operación _____	42
C.	Grado de apertura del mercado relevante _____	42
XII.	<i>GANANCIAS DE EFICIENCIA _____</i>	44
A.	Reducciones de costos _____	45
B.	Eliminación de la doble marginalización, en concentraciones verticales _____	46
C.	Alineación de objetivos de inversión, en concentraciones verticales _____	46
D.	Reducciones de precios y costos de compra, en operaciones de conglomerado _____	46

E.	Eficiencias con posibles efectos ambiguos _____	46
1)	Investigación & desarrollo _____	46
2)	Mejoras en el aprovisionamiento, gerenciamiento y costos del capital _____	47
3)	Efectos de red _____	47
4)	Reposicionamiento de productos _____	47
XIII.	FIRMAS EN CRISIS _____	47
XIV.	RESTRICCIONES ACCESORIAS _____	48
XV.	CONDICIONES _____	51
A.	Introducción _____	51
B.	Condiciones para restablecer la competencia: objetivo y características _____	53
C.	Clasificación _____	53
XVI.	REFERENCIAS. _____	55
	ANEXO1. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR EN ALGUNOS SECTORES ECONÓMICOS ESPECÍFICOS. _____	59
A.	Telecomunicaciones _____	59
B.	Transporte aéreo _____	61
C.	Mercados energéticos _____	62
D.	Servicios Financieros _____	64
	ANEXO 2. FLUJOGRAMA DEL PROCEDIMIENTO DE CONCENTRACIONES _____	66

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 del 20 de diciembre de 1994 (en adelante denominada la Ley N° 7472) pretende, entre otros fines, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado. La Ley parte de la premisa que un mayor nivel de competencia incentiva en forma importante a los agentes económicos en el mercado para mejorar las condiciones en las que ofrecen los bienes y servicios a los consumidores.

Con este fin, el Derecho de la Competencia típicamente acude a dos tipos de reglas. Por un lado las llamadas “medidas de conducta”, que pretenden evitar comportamientos anticompetitivos por parte de los agentes económicos. Estas normas se ven reflejadas en los artículos 11 y 12 de la Ley, que prohíben a los agentes económicos realizar acuerdos anticompetitivos con otros agentes participantes del mismo mercado (prácticas monopolísticas absolutas), así como también abusar del poder que podrían ostentar en el mercado (prácticas monopolísticas relativas).

Por el otro lado, un grupo de normas que pretenden regular la estructura del mercado. Estas reglas (conocidas como “medidas de estructura”), se basan en el supuesto que en ocasiones la estructura misma del mercado afecta el comportamiento de los agentes económicos. Así, se procura evitar que un agente económico esté en posición de impedir un adecuado desarrollo del proceso competitivo. La medida más común de este tipo es el control de concentraciones, que en nuestro país se estableció en el artículo 16 de la Ley N° 7472.

En términos generales, este mecanismo de control de las concentraciones pretende evitar que agentes económicos adquieran o fortalezcan una posición de poder en el mercado mediante la combinación de empresas ya existentes, cualquiera que sea la modalidad utilizada para la concentración.

La Ley N° 7472 desde su promulgación regula las concentraciones. Sin embargo, no fue sino hasta finales del año 2012¹ cuando se estableció por primera vez la obligación de notificar ciertas transacciones a la Comisión para Promover la Competencia (en adelante denominada indistintamente “Comisión” o “COPROCOM”). Así, cuando se cumplen ciertos umbrales, los agentes económicos involucrados deben notificar la concentración a COPROCOM, quien podrá aprobarlas, impedir las, o condicionar su aprobación².

Esta reforma dio un giro en las potestades de la Comisión en la materia, permitiendo intervenir de forma preventiva y oportuna, ya que este procedimiento de notificación permite analizar los efectos económicos esperables de las operaciones de concentración notificadas, para diferenciar las operaciones con efectos pro-competitivos de las que potencialmente tengan efectos anticompetitivos, con el fin de impedir o condicionar estas últimas. La mayor parte de las concentraciones no dañan la competencia sino que, por el contrario, permiten a las empresas reducir costos, tornarse más eficientes, liderar bajas de precios, mejorar la calidad de los productos y servicios, realizar inversiones

¹ Ley No. 9072 del 20 de setiembre del 2012. Reforma de la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de Diciembre de 1994, y sus reformas.

² Ley N° 7472, artículo 16 bis.

en investigación y desarrollo o ganar presencia en los mercados internacionales. De ahí que el artículo 16 inciso 1) de la Ley N° 7472 establece que la Comisión aprobará aquellas concentraciones que no tengan ciertos objetos o efectos determinados, o que teniéndolos, se justifiquen según los supuestos del inciso 2) de dicho artículo.

Por ello, es particularmente importante la adecuada diferenciación entre concentraciones pro-competitivas y anticompetitivas.

El análisis de concentraciones económicas es predictivo, requiere definir y comparar dos escenarios futuros: aquello que sucederá con mayor probabilidad si la operación se realiza, respecto de aquello que con mayor probabilidad sucederá si la operación no se realiza³.

En todo caso, la cuestión central a determinar es si la concentración puede: a. Crear o consolidar una posición de poder de mercado; b. Facilitar la coordinación entre competidores; o c. Disminuir o dañar la competencia⁴. Si la respuesta es afirmativa, se analizará si la concentración, no obstante sus efectos negativos, presenta efectos procompetitivos suficientes que permiten prever que será beneficiosa para el mercado⁵.

Esta guía no es de carácter vinculante, pretende ofrecer una orientación con el propósito de señalar los lineamientos generales que tomará en cuenta la Comisión en el análisis de fondo de las solicitudes de aprobación de concentraciones, en aplicación de los artículos 16 y 16 bis de la Ley N° 7472 y su Reglamento (en adelante denominado el Reglamento N° 37899-MEIC)⁶.

El análisis de concentraciones es altamente dependiente de las especificidades de cada caso. Por tanto, no se realiza una aplicación mecánica y uniforme de la metodología, la cual se debe adaptar a las particularidades de cada situación.

Esta guía no contempla temas procedimentales, ni se refiere a los elementos que determinan si se está o no ante una concentración y, en su caso, si ésta debe notificarse a COPROCOM⁷. Más bien, el presente documento toma como punto de partida la existencia de una concentración económica (en los términos de la Ley N° 7472), y aclara cómo sería analizada por la Comisión.

Con este fin, se presenta la metodología de análisis económico de concentraciones, incluyendo las principales técnicas analíticas y tipos de evidencia que se utilizan para evaluar si una concentración es susceptible de disminuir sustancialmente la competencia.

³ Estos escenarios en algunas jurisdicciones – como la británica y la neozelandesa - se denominan, respectivamente, el escenario fáctico y el escenario contrafáctico. Notar que el escenario contrafáctico (sin la operación) no coincide necesariamente con el escenario presente, porque aún sin la operación el mercado puede estar cambiando drásticamente por otros factores (tecnológicos, de demanda, etc.).

⁴ Ley N° 7472, artículo 16 inciso 1.

⁵ Ley N° 7472, artículo 16 inciso 2.

⁶ Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, N° 37899-MEIC del 8 de julio del 2013.

⁷ En el anexo 2 se incluye un flujograma del procedimiento establecido en la Ley N° 7472 y el Reglamento N° 37899-MEIC.

La metodología procede en primer término a establecer el tipo de operación de concentración que se analiza (horizontal, vertical o de conglomerado)⁸, para luego desarrollar una serie de elementos analíticos.

El análisis habitualmente comprende los siguientes elementos:

- a. Definir o delimitar los mercados relevantes para el análisis de la operación;
- b. Establecer la estructura de los mercados relevantes: identificar los participantes, asignarles cuotas de mercado y estimar el grado de concentración de cada mercado relevante identificado;
- c. Identificar las prácticas unilaterales y coordinadas que pueden surgir como consecuencia de la operación;
- d. Identificar aquellas restricciones que pueden disciplinar el ejercicio de las prácticas unilaterales y coordinadas identificadas, tales como la existencia de compradores poderosos o la entrada (o facilidad de entrada) de nuevos competidores.

Adicionalmente, deberán considerarse las ganancias de eficiencia que se atribuyan a la operación⁹ y si los activos adquiridos saldrán del mercado relevante a menos que se efectúe la operación¹⁰.

Finalmente, cabe aclarar que en el caso de las concentraciones económicas con posibilidad de crear, potenciar o consolidar poder de mercado desde el lado de la demanda (poder de compra o monopsonio), la metodología se aplica por analogía.

II. DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN

Tal y como se indicó *supra*, el tema de si una transacción constituye una concentración o no en términos de la Ley no forma parte del objeto de estas guías. Aun así, y con el propósito de establecer un marco conceptual, se hará referencia a la definición de concentración para los efectos de la Ley y su Reglamento.

En este sentido, la definición de concentración económica contenida en la Ley es amplia, y cubre toda una serie de modalidades de negocios, tales como fusiones, traspasos de acciones, compra de activos, compraventa de establecimiento mercantil, entre otras¹¹. Es decir, las concentraciones económicas

⁸ Es posible que una misma operación presente aspectos horizontales, verticales y de conglomerado, los cuales, llegado el caso, se estudiarán por separado conforme a la metodología estándar. COPROCOM podrá concentrarse sólo en los aspectos que considere de mayor relevancia (por su volumen, por su impacto en la competencia o por otro criterio ajustado a las especificidades del caso).

⁹ Ley N° 7472, artículo 16 inciso 2.a); Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 52.

¹⁰ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 55.

¹¹ Ley N° 7472, artículo 16.

pueden darse por medio de una gran cantidad de instrumentos mercantiles que pueden ser utilizados por las empresas.

En este punto, debe aclararse que la figura jurídica utilizada no es tan relevante como sus efectos. De ahí que será una concentración que se debe notificar para efectos de la Ley y su Reglamento cualquier acto o contrato que contenga al menos los siguientes elementos:

- a. Se realiza entre dos o más agentes económicos independientes entre sí¹², sean o no competidores.
- b. Al menos dos de los agentes económicos participantes tienen operaciones con incidencia¹³ en Costa Rica¹⁴.
- c. Implica una transferencia en el control de uno o más de ellos, sea mediante la adquisición de control de uno sobre los demás, o en la formación de un nuevo agente económico¹⁵.
- d. Se realice con carácter permanente o con intención de permanencia¹⁶.
- e. La suma de todos los agentes participantes cumple con los umbrales de notificación establecidos por Ley¹⁷.

A. Control económico

Como se desprende de lo anterior, el elemento esencial de una concentración es la existencia de un cambio estable y duradero en la estructura de control de las empresas afectadas. En este contexto, **debe entenderse “control económico” como la posibilidad, de hecho o de derecho, de ejercer una influencia decisiva sobre un agente económico o sus activos, entendida como el poder de adoptar o de bloquear decisiones que determinen su comportamiento comercial estratégico.**

Esta influencia decisiva sobre un agente económico o sus activos se puede originar ya sea por derechos de propiedad sobre su capital y/o activos, por la existencia de derechos estatutarios o contractuales que le permiten influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, o cualquier otra situación de hecho o de derecho que tenga igual consecuencia. Para ello, se entiende que posee control sobre un agente económico quien sea titular de estos derechos o beneficios contractuales o aún quien, sin ser su titular, esté en posición de ejercerlos.

B. Algunas modalidades de concentraciones económicas

Las concentraciones pueden abarcar toda una gama de relaciones, de hecho o de derecho, aun cuando no impliquen formalmente una combinación de personas jurídicas ni la creación de una nueva. Tal es el caso, por ejemplo, de las llamados “cuentas en participación” (en adelante denominadas “*joint*”

¹² Ley N° 7472, artículo 16; Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 38.

¹³ Estas operaciones incluyen tanto las realizadas en Costa Rica como aquellas que se efectúan en el extranjero con la intención de surtir efectos en el país.

¹⁴ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 39.

¹⁵ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 16.

¹⁶ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 43.

¹⁷ Ley N° 7472, artículo 16 bis; Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 39.

ventures”) que en ciertas condiciones, podrían analizarse según las reglas que rigen las concentraciones, y no las que regulan los acuerdos entre empresas.

Los siguientes son unos ejemplos (no exhaustivos) de algunas modalidades de concentración:

Fusión de empresas independientes: Concentraciones de este tipo se pueden dar en los siguientes casos:

- Dos o más empresas se concentran para formar una sola, dejando de existir jurídicamente y pasando a formar parte de una nueva entidad.
- Una empresa es absorbida por otra, la cual mantiene su personalidad jurídica y desaparece la primera.
- Dos o más empresas constituyen una empresa común, la cual asume las operaciones de las empresas constituyentes, las cuales cesan totalmente sus actividades sin extinguirse su personalidad jurídica.
- Dos o más empresas concentran sus operaciones y actividades sin afectar la personalidad jurídica de ninguna de ellas y sin crear una nueva persona jurídica (fusión de hecho).

Adquisición de control: Son muchas las formas en las cuales un agente económico puede ejercer control sobre otro (ya sea individualmente o en conjunto con otras empresas). Algunos ejemplos son:

- Una empresa adquiere una participación mayoritaria en el capital social de otra.
- Una empresa adquiere una participación minoritaria en otra, pero aun siendo socio minoritario, conserva el derecho a vetar decisiones estratégicas claves en la empresa.
- Una empresa adquiere un conjunto de activos claves (tangibles o intangibles) de otra, sin los cuales la empresa vendedora no puede operar en condiciones normales.
- Una empresa adquiere los activos que representan una unidad de negocios, establecimiento, rama de actividad, o parte de otra empresa. En este caso, se entiende que la adquisición de control se da sobre la parte o división adquirida.

Adquisición de control sobre activos: constituye una concentración solamente si estos activos, considerados conjuntamente, constituyen una parte relevante de la empresa. Es decir, si estos activos representan una actividad susceptible de tener presencia en el mercado, y a la cual se le puede asignar un volumen de negocios y/o participación de mercado. Lo anterior independientemente de si antes de la concentración estos activos tuvieron o no una participación en el mercado.

Creación de un *joint venture*: Los *joint ventures*¹⁸ constituyen un ejemplo de adquisición de control conjunto, que por sus particularidades requiere mención aparte.

En este sentido, la creación de un *joint venture* podría eventualmente considerarse como una concentración económica, siempre y cuando dicha empresa realice con carácter permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma, y que su toma de decisiones sea autónoma.

Para ello, el *joint venture* ha de disponer de una dirección dedicada a las operaciones diarias y de acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales), para desarrollar una actividad empresarial de forma duradera.

III. TIPOS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Las operaciones de concentración económica pueden ser horizontales, verticales o de conglomerado. Esta clasificación obedece al nivel o segmento de mercado que se ve afectado por la operación. A continuación se analizarán cada una de ellas con mayor detalle.

A. Concentraciones horizontales

Las concentraciones horizontales involucran a competidores directos, actuales o potenciales¹⁹, por lo que pueden eliminar la competencia directa entre dos empresas. Este tipo de operación puede tener un impacto directo y negativo en los clientes y consumidores finales de las empresas involucradas si para la nueva firma resulta rentable subir los precios o desmejorar los productos y condiciones de venta que ofrece.

Por otra parte, la operación también puede alterar los incentivos de las firmas rivales, haciendo para ellas también rentable aumentar sus precios o desmejorar sus condiciones de venta.

En cambio, las concentraciones verticales y de conglomerado, a diferencia de las horizontales, no implican la pérdida de competencia directa entre empresas y tienen menor probabilidad de provocar resultados anticompetitivos. Por el contrario, estas concentraciones pueden producir ahorros significativos de costos pasibles de traducirse en mejoras de la ecuación calidad/precio ofrecida a los clientes.

B. Concentraciones verticales

Las concentraciones verticales involucran a empresas que operan en distintos niveles de la cadena de valor, y pueden producir dos principales efectos verticales nocivos: la obstaculización del acceso a insumos y la obstaculización del acceso a la clientela. También pueden producirse efectos

¹⁸ En este sentido, la Comisión Europea ha indicado que las empresas en participación abarcan una amplia gama de operaciones, desde las concentraciones hasta la cooperación en aspectos concretos, como investigación y desarrollo, producción o distribución. Las empresas en participación se consideran una concentración cuando se produzca la adquisición del control en común de la misma por dos o más empresas, que serán sus matrices. (Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01))

¹⁹ Las siguientes resoluciones son ejemplos de concentraciones horizontales: Comisión para Promover la Competencia. Voto 12-2013 de las *dieciocho horas cuarenta y dos minutos del dieciocho de junio de dos mil trece*; Comisión para Promover la Competencia. Voto 22-2013 de las *dieciocho horas y cuarenta y tres minutos del trece de agosto de dos mil trece*

anticompetitivos si la nueva firma accede a información comercialmente sensible sobre sus competidores no verticalmente integrados²⁰.

C. Concentraciones de conglomerado

Las concentraciones de conglomerado involucran empresas que operan en diferentes mercados, aunque podrían estar estrechamente relacionados, por ejemplo porque involucran los mismos clientes²¹, por ello son en principio menos lesivas para el proceso de competencia. Por esta razón se benefician de una presunción favorable al momento de ser analizadas²².

Aun así, este tipo de concentraciones pueden producir dos principales resultados anticompetitivos: exclusión de competidores a través de estrategias de ventas atadas o ventas en paquete o a través de efectos de cartera (o portafolio)^{23 24}.

Las adquisiciones de conglomerado por lo general son clasificadas, ya sea como extensiones de línea de producto, extensiones del mercado geográfico, o conglomerados puros. Independientemente de la forma que tome, una concentración de conglomerado involucra a empresas que operan en mercados aparte; por lo tanto en general no tiene un efecto directo en la competencia, no existe una reducción ni ningún otro cambio en el número de empresas. Por lo general no cierran oportunidades, ni hay ningún cambio en la estructura de mercado, en las participaciones de mercado de las empresas o en los niveles de concentración.

Este tipo de concentraciones ofrecen un margen sustancial para las eficiencias. Una característica de ciertas concentraciones de conglomerado es que las actividades y/o los productos de las empresas implicadas son complementarios entre sí. La concentración de actividades o productos complementarios en una sola empresa puede producir eficiencias significativas y ser beneficiosa para la competencia.

Si bien en la mayoría de los casos las concentraciones de conglomerado no plantean mayores problemas de competencia, en casos muy específicos, en especial los que llevan a la creación o consolidación de poder de mercado, el proceso de competencia podría verse afectado, debido esencialmente a que algunas operaciones podrían modificar la capacidad y el incentivo para competir de las empresas participantes en la concentración y de sus competidores de forma perjudicial para los consumidores.

²⁰ U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, Merger Assessment Guidelines. Consultation Document. OFT-CC, 2009.

²¹ Un ejemplo de una concentración de conglomerado se encuentra en la siguiente resolución: Comisión para Promover la Competencia. *Voto 13-2013 de las diecinueve horas cinco minutos del dieciocho de junio de dos mil trece.*

²² Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 53 inciso a).

²³ U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, Merger Assessment Guidelines. Consultation Document. OFT-CC, 2009.

²⁴ En la doctrina las operaciones de conglomerado descritas han recibido la denominación de “conglomerados por extensión de producto”, para diferenciarlas de los llamados “conglomerados por extensión de mercado”, en los cuales las empresas involucradas comercializan el mismo producto, pero en áreas geográficas distintas o separadas Cf. Sullivan & Harrison, 1998; Hovenkamp, 1985.

En los casos de concentraciones que involucran productos intermedios, para las concentraciones horizontales, la Comisión entenderá que si la operación puede producir un impacto negativo en los clientes en el mercado relevante, también podrá producir un impacto negativo en los consumidores finales de los productos relacionados, salvo que medie evidencia directa en sentido contrario. En cambio, en las concentraciones verticales o de conglomerado, donde los potenciales afectados no son clientes directos de las firmas involucradas, la Comisión buscará precisar los efectos adversos sobre los consumidores finales.

IV. DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES

La definición de los mercados relevantes para evaluar una concentración económica es un ejercicio analítico propio de la aplicación de la legislación de competencia²⁵, que se realiza para identificar de una manera sistemática cuáles son los competidores de las empresas que se concentran y poner en evidencia los posibles efectos adversos de la operación sobre la competencia.

El mercado relevante es el conjunto de productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles en un momento dado, en razón de sus características, precio, o su uso esperado²⁶. Este comprende las ofertas alternativas efectivamente disponibles para los clientes o consumidores de las firmas que se concentran e incluye varias dimensiones adicionales al precio, como volumen, variedad y calidad de los productos ofrecidos, calidad del servicio, ubicación geográfica, capacidad de producción e innovación del oferente, entre otros.

Con la definición del mercado relevante, por un lado puede inferirse si la operación empeorará significativamente las opciones de aprovisionamiento o consumo disponibles para los clientes o consumidores y, por otro lado, identificar cuáles son los oferentes (actuales o potenciales) de tales alternativas, calcular sus participaciones en el mercado relevante para analizar la operación y estimar su grado de concentración.

En suma, a nivel de los mercados relevantes puede precisarse cuáles son las principales restricciones competitivas que enfrentan las firmas que se concentran, inferirse en qué medida tales restricciones pueden debilitarse a consecuencia de la operación que las involucra y si como consecuencia se produce un impacto negativo en la oferta disponible para los clientes o consumidores.

De conformidad con la Ley N° 7472²⁷, para definir el mercado relevante se deben analizar:

- a. Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio.
- b. Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero.
- c. Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.
- d. Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso a fuentes de abastecimiento alternativas.

²⁵ La noción de “mercado relevante”, a veces también denominada “mercado antitrust relevante” o simplemente “antitrust market”, es propia y exclusiva del dominio del derecho de la competencia. Como tal no se utiliza en el contexto del análisis macroeconómico o microeconómico.

²⁶ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 2.

²⁷ Ley N° 7472, artículo 14.

Por ello, es posible decir que la definición de los mercados relevantes es, en esencia, un *test* de sustituibilidad. Es decir, el determinar cuáles son los productos que el consumidor considera como sustitutos razonables entre sí. Para ello, se considera que el mercado relevante comprende dos dimensiones principales: la dimensión del producto y la dimensión geográfica.

Adicionalmente, en algunos casos calificados, pueden cobrar relevancia otras dimensiones del mercado relevante, tales como la dimensión temporal, o bien la existencia de categorías diferenciadas de clientes, o el encadenamiento de los productos en una cadena de valor (dimensión funcional)²⁸.

A. Uso de los criterios de sustituibilidad

La definición del mercado relevante habitualmente se identifica sobre la base del criterio de sustituibilidad desde la demanda, la cual se define como la capacidad y voluntad de los clientes o consumidores de reemplazar un producto por otro, en respuesta a un aumento de su precio relativo o a cualquier otro deterioro relativo de la oferta disponible.

No obstante, también debe considerarse la sustituibilidad desde la oferta, en razón de las posibles reacciones de las empresas que no se encuentran ofreciendo los productos incluidos en el mercado relevante, ante un aumento de su precio relativo u otros cambios significativos en sus condiciones de oferta²⁹.

1. Sustituibilidad desde la oferta

La sustituibilidad desde la oferta puede definirse como la capacidad y voluntad de las empresas de re-direccionar su producción y ventas en el corto plazo y sin mayor esfuerzo adicional hacia un producto que ha aumentado de modo significativo y permanente su precio relativo (o ha modificado cualquiera otra variable que aumente su rentabilidad). Aplicando este criterio se pueden identificar aquellas firmas que, sin estar efectivamente ofreciendo los productos de las empresas que se concentran pueden también considerarse sus competidoras.

²⁸ Estas tres dimensiones adicionales son explícitamente definidas en los lineamientos de Nueva Zelanda (New Zealand Commerce Commission, 2004, punto 3.1).

²⁹ Este enfoque se explicita en los lineamientos de las autoridades británicas (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4-50). La manera en que se considera la sustituibilidad desde la oferta en jurisdicción estadounidense y británica y de la Comisión Europea presenta algunas diferencias sutiles, que conviene tener presentes, para evitar inconsistencias en la aplicación de la metodología. En la guía se presentan ambos enfoques, comenzando por el estadounidense/británico que postula la definición de los mercados relevantes exclusivamente en base a la sustituibilidad desde la demanda e incorpora a los competidores potenciales en la instancia de identificación de los participantes del mercado relevante y cálculo de las cuotas de mercado, cuando se les asigna una cuota estimada en función de su capacidad de sustitución de los productos del mercado relevante. En este enfoque, por razones de economía de análisis, pueden agregarse varios mercados relevantes definidos desde la demanda en un solo mercado y realizarse un análisis unificado. Este enfoque fue desarrollado en los lineamientos estadounidenses de 1992 y no se ha alterado en lo sustancial en los nuevos lineamientos y es reproducido por los lineamientos británicos, aunque con menor énfasis. En los lineamientos estadounidenses se dice que las autoridades se ceñirán exclusivamente a la sustituibilidad desde la demanda, mientras que en los británicos se dice que generalmente la autoridad se ceñirá a ese criterio. En cambio, en el enfoque de la Comisión Europea, que corresponde a los lineamientos sobre definición de mercados relevantes de 1997, es posible definir mercados relevantes más amplios incluyendo a los competidores potenciales más inmediatos.

2. Sustituibilidad desde la demanda

Cuando se definen los mercados relevantes exclusivamente con base en el criterio de sustitución desde la demanda, corresponde considerar dos tipos de competidores: los competidores actuales que son los que ofrecen los productos sustitutos desde la demanda, incluidos en el mercado relevante y los competidores potenciales, que son las empresas con voluntad y capacidad efectiva de ofrecer los productos del mercado relevante en un plazo de tiempo muy corto³⁰. En este contexto, la concentración entre una empresa y un competidor potencial se considera una operación de concentración horizontal (a pesar de que no comparten el mismo mercado relevante) y no una operación de conglomerado³¹.

En este caso, a la hora de identificar los participantes del mercado relevante y calcular sus participaciones, se asignan cuotas de mercado a los competidores potenciales identificados, con base en su capacidad de producción de los productos incluidos en el mercado relevante.

COPROCOM utilizará el criterio apropiado a las circunstancias de cada caso, teniendo presente que la definición del mercado relevante no es un fin en sí mismo, ni hace al fondo de la cuestión, sino que es una metodología dirigida a la identificación de las condiciones de competencia en que operan las firmas que se concentran.

3. Posibles enfoques

Para ese fin existen los siguientes enfoques:

I. Los mercados relevantes delimitados exclusivamente sobre la base de la sustituibilidad desde la demanda delimitan mejor las ofertas alternativas efectivamente disponibles para los clientes y consumidores, pero en ciertas ocasiones pueden no ser prácticos en el marco de la evaluación integral a realizar. Tal es el caso de concentraciones entre empresas que producen una gama de bienes que no son sustituibles desde la demanda, pero son perfecta o altamente sustituibles desde la oferta.

Un ejemplo de este tipo puede ser el caso de la industria de papel, en la cual los distintos grados y calidades de papel que tienen uso finales muy diferentes, son utilizados por categorías distintas de consumidores y en general no son sustituibles desde la demanda, pero las plantas papeleras pueden, con relativa facilidad, re-direccionar la producción entre las distintas calidades y grados de papel, según los requerimientos de la demanda³².

Por su conexidad desde el lado de la oferta, este enfoque permite tratar los dos mercados de modo agregado, para simplificar el análisis en el marco de una evaluación integral. En otras palabras, si todas o la mayor parte de las empresas que operan en los mercados relevantes (definidos desde la

³⁰ Un ejemplo reciente mencionado en los lineamientos británicos (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.50, nota al pie 40) refiere al mercado relevante de huevo líquido. Se observó que la tecnología e instalaciones de producción de huevo líquido eran similares que las de producción de batidos o licuados de frutas. Sin embargo, no corresponde definir un único mercado relevante con ambos productos, sino asignar a los productores de batidos cuotas en el mercado de huevo líquido en función de su capacidad e incentivos para participar.

³¹ Ver al respecto páginas 8 y siguientes sobre los distintos tipos de concentración.

³² Otro ejemplo, mencionado en lineamientos de otros países, es la industria de la vestimenta que puede producir prendas de distinto talle, que no son sustituibles desde la demanda, pero sí desde la oferta. (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.51, nota al pie 41).

demanda) tienen capacidad y voluntad de sustituir fácilmente entre un grupo de productos no sustitutos desde la demanda, por razones de economía de análisis, la Comisión podría agregar todos los mercados relevantes en un único mercado relevante³³.

Así, si una empresa que mayoritariamente comercializa un determinado tipo de papel, que desde la demanda podría ser un único mercado relevante, se concentra con una empresa dedicada mayoritariamente a la producción de otra calidad de papel, la operación se considera una concentración horizontal, aunque las empresas que se concentran técnicamente se ubiquen en mercados relevantes separados. Ello es así porque la operación implica la compra de un competidor potencial, lo cual en este enfoque se considera una operación horizontal.

Este enfoque puede ser más apropiado cuando la operación involucra empresas que producen productos cercanos desde el punto de vista del consumidor (por ejemplo entre dos empresas que se encuentran comercializando las mismas calidades de papel), mientras el segundo puede ser más apropiado para operaciones que involucran productos con alta sustituibilidad desde la oferta y baja sustituibilidad desde la demanda (por ejemplo entre dos empresas que se encuentran produciendo calidades diferentes de papel).

II. Otra opción metodológica es considerar como punto de partida que existen tres posibles fuentes de limitaciones de la conducta en el mercado de las empresas que se concentran: la sustituibilidad desde la demanda, la sustituibilidad desde la oferta y la competencia potencial³⁴.

Al igual que en el enfoque anterior, se privilegia la sustituibilidad desde la demanda, que se describe como la fuerza disciplinaria más efectiva e inmediata del comportamiento de las empresas: los clientes ante aumentos de precios derivan sus compras hacia otras alternativas disponibles, tanto en términos de productos/servicios como de su localización geográfica³⁵. La sustituibilidad desde la oferta y la competencia potencial en general son limitaciones menos inmediatas y requieren el análisis de factores adicionales, por lo cual, no se la incluye en la definición ni en la medición del mercado relevante, sino en la evaluación global del impacto de la operación sobre la competencia³⁶.

Sin embargo, aún bajo este enfoque existen situaciones de sustituibilidad desde la oferta que permiten ampliar la cobertura del mercado relevante. Aquellos casos particulares en los cuales los efectos de la sustitución desde la oferta son equivalentes a los de la sustitución desde la demanda, en términos tanto de efectividad como de inmediatez³⁷ (de forma muy similar a la categoría de competidor potencial “inmediato” del enfoque anterior).

³³ Esta facultad discrecional de las autoridades se explicita en una nota al pie de los nuevos lineamientos estadounidenses (página 16, nota al pie 6), que reproduce una nota análoga de los lineamientos de 1992. En los lineamientos británicos, esta facultad se explicita en párrafo 4.51.

³⁴ Enfoque que se desarrolla en los lineamientos de la Comisión Europea sobre la definición de los mercados relevantes (párrafos 13 en adelante).

³⁵ European Commission, 1997, párrafo 13.

³⁶ European Commission, 1997, párrafo 14.

³⁷ European Commission, 1997, párrafo 20.

Se trata de proveedores que frente a un cambio pequeño y permanente en los precios relativos son capaces de re-direccionar su producción hacia los productos del mercado relevante, en un corto plazo, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos.

Esta situación suele darse cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o grados de un mismo producto, de por sí no sustituibles desde la demanda. Si todos o la mayor parte de los proveedores están en similares condiciones de producir todas las calidades y grados del producto en cuestión, puede definirse un único mercado relevante que incluya todos los grados y calidades del producto.

Considerando nuevamente el ejemplo de la industria del papel, en la cual las diferentes calidades de papel no son sustitutas entre sí desde la demanda, pero la mayor parte de las plantas papeleras pueden re-direccionar fácilmente la producción hacia una u otra calidad, sin incurrir en costos o riesgos adicionales.

Conforme con este segundo enfoque puede definirse un único mercado relevante de papel, que incluya todas sus calidades³⁸. En el caso concreto, de conformidad con este enfoque el mercado relevante podría delimitarse como la concentración entre dos empresas que producen mayoritariamente una u otra calidad, califica directamente como una concentración horizontal entre competidores actuales.

También el segundo enfoque puede ser más apropiado en el caso de concentraciones verticales o de conglomerado. Siguiendo el ejemplo de la industria de papel, el segundo enfoque puede ser más apropiado para analizar una concentración vertical entre una planta pastera (que fabrica celulosa o pulpa de papel) y una fábrica de papel, dado que el mismo insumo se utiliza para fabricar las distintas calidades de papel.

Ambos enfoques (el que considere la existencia de varios mercados que se unen para simplificar el análisis, y el que considera que existe un solo mercado) terminan siendo equivalentes en cuanto a la identificación de los participantes que operan en el mercado relevante, pero pueden haber diferencias en la estimación de las cuotas de mercado, porque en el segundo enfoque implícitamente se asume que las empresas tienen la capacidad y voluntad de, llegado el caso, re-direccionar el total de su oferta de un producto a otro, mientras que en el primer enfoque puede ser más restrictivo al respecto.

B. Definición del mercado relevante de producto

La definición del mercado relevante de producto implica la determinación del conjunto de productos que son vistos como sustitutos por el consumidor. Esto puede hacerse a través de un ejercicio teórico conocido como el “test del monopolista hipotético” (conocido también como el “SSNIP test”, por sus siglas en inglés³⁹) que tuvo su origen en la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU. y luego se generalizó a todas las jurisdicciones que cuentan con legislación de competencia.

³⁸ Este ejemplo se presenta en los lineamientos de la Comisión Europea a efectos de ilustrar cuándo utilizar la sustituibilidad desde la oferta para definir el mercado relevante (European Commission, 1997, párrafo 22.).

³⁹ *Small but significant non-transitory increase in price test (SSNIP test).*

El *test* evalúa hacia qué productos sustitutos se re-direccionaría la demanda si un hipotético monopolista, no sujeto a regulación de precios, que maximiza beneficios, aplica un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios, respecto de al menos uno de los productos de las empresas que se concentran.

Si la sustitución es tal que torna no rentable el aumento de precios, el producto sustituto al cual se re-direccionaron las ventas debe incluirse en el mercado relevante y puede considerarse un “sustituto cercano”. Si la sustitución es baja, el aumento de precios será rentable y entonces el producto sustituto no debe incluirse en el mercado relevante, ya que no es un sustituto suficientemente cercano.

El ejercicio es repetitivo, y comienza por los productos de las firmas que se concentran y prosigue agregando o excluyendo productos sustitutos del mercado relevante, según su capacidad de limitar las políticas de fijación de precios de las firmas involucradas.

Los precios que corresponde considerar como punto de partida de este ejercicio son los que prevalecerían sin la concentración (escenario contrafáctico). Los precios vigentes cumplen esa condición sólo si no es factible esperar cambios en los precios del mercado relevante (por ejemplo por innovaciones tecnológicas o la entrada de nuevos competidores), en cuyo caso deben considerarse precios futuros anticipables en el corto plazo.

En los casos en que se presume que los precios vigentes ya son resultado del ejercicio de poder de mercado, el ejercicio puede iniciarse con menores precios, a fines de evitar la denominada “falacia del papel celofán”, que consiste en la definición de mercados de productos demasiado amplios, ya que a precios muy altos, los consumidores consideran sustitutos productos que no lo serían a precios más bajos.

En general se considerará un aumento pequeño pero significativo y no transitorio de precios a aumentos de entre el 5% y el 10%, por un lapso de al menos un año. Estos criterios pueden flexibilizarse según las particularidades del caso.

Nótese que el resultado neto del aumento de precios sobre los beneficios del monopolista hipotético depende de dos cuestiones: a. el aumento de los beneficios sobre las ventas que se retienen, ya que se ha ampliado el margen precio-costos, y b. la pérdida de beneficios por las ventas perdidas, re-direccionadas por sus clientes hacia un sustituto, lo cual depende de la elasticidad de la demanda.

No siempre es posible contar con información empírica confiable que permita realizar los cálculos precedentes. En esos casos el *test* se utiliza para orientar la identificación de los sustitutos más cercanos sobre la base de sus aplicaciones y características físicas, respuestas de informantes clave (clientes, expertos, competidores), encuestas de consumidores, estudios de mercado, correlaciones de precios, *tests* de cointegración y de causalidad, informes sobre patrones de re-direccionamiento de las compras.

En los casos en que sea posible discriminar precios según categorías de clientes, podrá definirse un mercado relevante más estrecho, reducido a los productos vendidos a los clientes discriminados o clientes objetivo⁴⁰.

C. Definición del mercado geográfico relevante

Por analogía al mercado de producto relevante, **el mercado geográfico relevante es el área geográfica más pequeña en la cual un hipotético monopolista podría rentablemente aplicar un aumento pequeño, significativo y no transitorio de precios.** El mercado geográfico relevante puede ser local, regional, nacional o más amplio que el nacional. Las importaciones pueden ser incluidas, tanto como los productos domésticos.

La información apropiada para determinar el grado de sustitución entre áreas geográficas puede ser: respuestas de informantes clave (clientes, competidores, expertos), costos de re-direccionamiento de la demanda (costos de transporte en relación con el valor del producto, tiempo de transporte), si los productos son perecederos, diferencias geográficas en precios, ventas, estrategias de publicidad y mercadeo, información sobre flujos de productos entre las regiones analizadas y barreras a la entrada.

En algunas situaciones, por ejemplo que involucran cadenas de ventas minoristas operando en distintos mercados geográficos locales, puede no ser posible definir con precisión los límites de numerosos mercados geográficos locales. En esos casos puede optarse por soluciones prácticas como definir los mercados relevantes que suman la mayor parte de los consumidores (usualmente 80% o más)⁴¹.

En general la cobertura de los mercados geográficos depende de los costos de transporte. En el caso de mercados geográficos más amplios que los nacionales, son factores de relevancia el lenguaje, las regulaciones, las barreras arancelarias y no arancelarias, las costumbres y familiaridad con los productos, la reputación y la disponibilidad de servicios, así como la volatilidad de los tipos de cambio.

En ausencia de discriminación geográfica de precios basadas en la localización de los clientes, normalmente se definen los mercados relevantes sobre la base de la localización geográfica de los proveedores.

Sin embargo, cuando la discriminación geográfica de precios es posible, corresponde considerar la definición de los mercados relevantes a partir de la localización de los clientes objetivo. En este caso puede haber proveedores localizados fuera de las fronteras del mercado relevante geográfico⁴².

⁴⁰ Cf. (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, páginas 12 y 13) y (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.56 y 4.57).

⁴¹ (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.67).

⁴² Cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, páginas 13 y 14.

D. Otros aspectos y dimensiones a considerar en la definición del mercado relevante

1. Dimensión funcional

La dimensión funcional indica en qué posición de la cadena de producción se define el mercado relevante: mercado de materias primas, fabricación/importación de productos intermedios o finales, comercialización mayorista, comercialización minorista.

Esta será considerada de acuerdo con las particularidades del caso y puede ser particularmente importante en concentraciones verticales.

Usualmente se define un mercado relevante para cada posición en la cadena, aunque puede ser el caso de que la información empírica indique un alto grado de solapamiento entre dos niveles (por ejemplo comercio mayorista y minorista) y corresponda definir un solo mercado relevante⁴³.

2. Dimensión temporal

Esta dimensión adquiere importancia en ciertos casos tales como los mercados de bienes durables, con contratos de largo plazo, de recursos no renovables (madera nativa, gas), de transacciones espaciadas en el tiempo, entre otros⁴⁴.

La temporalidad también es relevante cuando los hábitos del consumidor y los usos de un determinado producto varían en el tiempo (más allá de las fluctuaciones normales en la oferta y la demanda). Un ejemplo de esto es la compra de árboles de ciprés, cuyos usos en la época navideña son radicalmente distintos a los del resto del año.

3. Otros

Puede haber asimetría entre los participantes en un mercado relevante, sobre la base, por ejemplo, de su envergadura, lo cual puede llevar a la definición de mercados relevantes diferentes según el tamaño de las firmas involucradas en la operación.

Por ejemplo en una concentración de pequeños comercios al detalle, probablemente corresponda incluir en el mercado relevante a las grandes cadenas minoristas, pero no viceversa⁴⁵.

En los casos de los mercados de bienes intermedios suele ser el caso que los precios surgen de un proceso de negociación bilateral entre oferta y demanda, lo cual torna poco aplicable el *test* del monopolista y corresponde directamente inferir cómo la operación altera el poder de negociación de alguna de las partes⁴⁶.

V. PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE

Conforme al artículo 16. 1 de la Ley N° 7472, una vez que se define el mercado relevante, se debe determinar si la concentración puede tener como objeto o efecto:

⁴³ Cf. (New Zealand Commerce Commission, 2004. Pag.20)

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.73)

⁴⁶ Idem, párrafos 4.74 y ss.

- a) Adquirir o aumentar el poder sustancial en forma significativa y esto conlleve una limitación o desplazamiento de la competencia.
- b) Facilitar la coordinación expresa o tácita entre competidores o producir resultados adversos para los consumidores.
- c) Disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Para tales efectos, en la investigación COPROCOM deberá seguir los criterios de medición de poder sustancial en el mercado relevante, establecidos en la Ley N° 7472 y su Reglamento.

El artículo 2 del Reglamento N° 37899-MEIC, define este concepto de la siguiente manera:

“Un agente económico tiene poder sustancial, en forma individual o conjunta, cuando tiene la posibilidad de fijar precios unilateralmente, o de restringir en forma sustancial el abastecimiento o la innovación en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro cercano, contrarrestar esa fijación de precios o restricción.”

En este mismo sentido, la reiterada jurisprudencia de la Comisión para Promover la Competencia define poder de mercado como, **“la capacidad de una empresa (o grupo de empresas) de poder fijar precios o imponer condiciones unilateralmente, y en forma sustancial sin que los demás agentes económicos puedan en la actualidad o en un futuro cercano contrarrestar ese poder”**⁴⁷.

Ahora bien, para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial en el mercado relevante se deben considerar los siguientes elementos que establece el artículo 15 de la Ley N° 7472:

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

⁴⁷ Ver, entre otros, los siguientes votos: Comisión para Promover la Competencia. *Artículo octavo de la sesión ordinaria número 16-11, celebrada el 3 de mayo del 2011*; Comisión para Promover la Competencia. *Artículo segundo de la sesión extraordinaria número 02-11, celebrada el 13 de julio del 2011*; Comisión para Promover la Competencia. *Artículo tercero de la sesión ordinaria número 04- 11, celebrada el 25 de enero del 2011.*

De los elementos que se indican para medir el poder sustancial, tal vez los dos indicadores más significativos son la participación de los agentes en el mercado y las barreras de entrada⁴⁸. Sin embargo, todos estos factores se deberán siempre analizar en el contexto de cada mercado y COPROCOM ponderará cada uno de ellos dependiendo de las circunstancias de cada caso⁴⁹. A continuación se analizarán detalladamente cada uno de los elementos indicados.

VI. PARTICIPANTES, PARTICIPACIONES Y GRADO DE CONCENTRACIÓN

El cálculo de las participaciones de mercado y de la concentración de la oferta es una parte esencial en la evaluación de los efectos de una operación sobre la competencia. En la mayoría de los casos, una baja participación de mercado puede significar que la concentración podría no tener efectos anticompetitivos considerables, y generar una presunción favorable en el análisis de la concentración⁵⁰.

Ahora bien, la participación de mercado no es el único factor a considerar, por lo que se evaluará en conjunto con otros factores (barreras a la entrada, contestabilidad del mercado, entre otros)⁵¹.

A. Participantes

Todas las firmas que obtienen ingresos en el mercado relevante se consideran participantes de dicho mercado, incluyendo aquellas que se encuentran verticalmente integradas – en la medida en que su inclusión refleje cabalmente su importancia desde el punto de vista de la competencia⁵².

Como se indicó, en el enfoque que restringe la definición de los mercados relevantes a los productos sustitutos desde la demanda, se incorpora a las firmas capaces de sustituir rápidamente los productos relevantes como participantes del mercado relevante. Con base en ello, existen varias categorías posibles de participantes además de los que se encuentran efectivamente comercializando los productos relevantes, en el área relevante, según se informa a continuación⁵³.

Puede haber firmas que no se encuentran obteniendo ingresos en el mercado relevante al momento de la operación informada que corresponderá también incluir como participantes del mercado

⁴⁸ En este sentido, ver Comisión para Promover la Competencia. *Artículo sexto de la sesión ordinaria número 19-04, celebrada a las 17:30 horas del 25 de mayo del año 2004.*

⁴⁹ En este sentido, ver Comisión para Promover la Competencia. Voto 32-2013 de las dieciocho horas treinta minutos del diez de diciembre del dos mil trece.

⁵⁰ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 53 inciso b).

⁵¹ De conformidad con el artículo 51 del Reglamento N° 37899-MEIC, COPROCOM tomará en cuenta los criterios establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley N° 7472, relacionados con la determinación del mercado relevante y con la existencia o consolidación del poder sustancial en éste. En este sentido ver: Comisión para Promover la Competencia. Voto 11-2013 de las diecinueve horas quince minutos del veintiocho de mayo de dos mil trece.

⁵² Por ejemplo, una firma podría ser un fabricante importante del producto involucrado, pero no lo vende en el mercado relevante, sino que lo utiliza como insumo para la elaboración de un producto final, que se comercializa en otro mercado. Esta empresa será un participante importante en el mercado relevante según su capacidad de pasar a ser oferente del producto involucrado. Según sea el caso, se podrá adicionar total o parcialmente su producción al mercado relevante y asignarle una cuota de mercado.

⁵³ Cf. (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, páginas 15 y 16.)

relevante, si se trata de empresas que se han comprometido a entrar en el mercado en el futuro próximo.

Las firmas que no se encuentran fabricando los productos del mercado relevante, pero que podrían muy posiblemente ofrecerlos como respuesta a un pequeño, significativo y perdurable aumento de precios, también se considerarán como participantes del mercado relevante, bajo la figura de “entrantes rápidos”. Aquí se incluyen las firmas que se encuentran fabricando los productos relevantes, pero los comercializan fuera del área geográfica relevante, especialmente si se trata de áreas próximas.

También pueden incluirse como “entrantes rápidos”, especialmente en los sectores de productos homogéneos, a las empresas que tienen los activos necesarios para ofrecer los productos del mercado relevante rápidamente, que pueden estar operando en mercados de productos adyacentes al mercado relevante.

B. Participaciones de mercado

En la medida en que exista información confiable, se calcularán las participaciones de mercado de todas las empresas que se encuentran comercializando los productos del mercado relevante.

También se calcularán participaciones para los restantes participantes del mercado, en la medida en que ello pueda realizarse de modo tal de reflejar su significancia como competidores. Por ejemplo, corresponderá evaluar si estos participantes re-direccionarán toda o parte de su producción hacia el mercado relevante, ante un aumento pequeño, significativo y perdurable de los precios.

En general las participaciones de mercado se calculan sobre la base de información histórica anual sobre ingresos. En mercados cambiantes (como los de alta tecnología) ello puede sobreestimar o subestimar las participaciones futuras en el mercado (con o sin la concentración), lo cual será tenido en cuenta en la medida de lo posible.

En otros casos, cuando las transacciones son muy espaciadas, la información anual puede no ser adecuada y deban considerarse periodos más largos. Asimismo, el cálculo sobre la base de unidades vendidas y no sobre ingresos por ventas puede ser más adecuado, particularmente cuando los precios difieren para productos de prestaciones similares.

Finalmente, en el caso de productos homogéneos (como el cemento, el acero, los combustibles, etc), puede ser más representativo de la fortaleza competitiva de los participantes, considerar sus capacidades de producción, antes que las ventas en valor o volumen.

C. Grado de concentración

COPROCOM podrá estimar el grado de concentración de cada mercado relevante analizado, que es uno de los indicadores de los posibles efectos de la operación sobre la competencia. Se considerará tanto el nivel de concentración resultante de la operación, como la variación de la concentración debida a la operación.

En caso de que la operación involucre una firma establecida con un reciente o potencial entrante, a efectos de calcular el cambio en la concentración podrán utilizarse proyecciones de participaciones de

mercado (del entrante y de la establecida). Este tipo de operaciones tienen mayor capacidad de deteriorar la competencia cuanto mayor la participación de mercado de la firma establecida y cuanto mayor la significancia competitiva del potencial entrante y la amenaza que plantea a las firmas establecidas.

La significancia de las participaciones de mercado y los indicadores de concentración será mayor en mercados donde las participaciones son históricamente estables, aún frente a cambios en precios relativos o costos.

En sentido contrario, las participaciones de mercado pierden relevancia como indicadores cuando fluctúan fuertemente a lo largo de cortos periodos de tiempo, en respuesta a cambios en el mercado. Sin embargo, si estos cambios pueden atribuirse al comportamiento de una firma en particular, que actúa como “*maverick*”⁵⁴ y esa firma es objeto de una operación de compra, se evaluará especialmente los efectos de esa compra sobre el mercado.

Se podrá evaluar la concentración del mercado considerando solamente los competidores significativos, particularmente cuando existe discontinuidad en las participaciones entre los competidores significativos y los rivales menores o cuando es difícil medir los ingresos en el conjunto del mercado relevante.

Existen herramientas para evaluar el grado de concentración en los mercados, que permiten identificar aquellas operaciones horizontales que requieren ser analizadas más profundamente para considerar otros factores que refuercen los efectos negativos de la concentración o los neutralicen, que se desarrollarán adelante.

El fin de estos estándares no es proporcionar un mecanismo automático y rígido de verificación de operaciones aceptables y no aceptables, sino identificar aquellas operaciones horizontales que tendrán que ser analizadas en profundidad para considerar otros factores que refuercen los efectos negativos de la concentración o los neutralicen.

D. El índice de Herfindahl-Hirschmann HHI

Se podrá calcular el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI por sus siglas en inglés) de la concentración del mercado, que corresponde a la suma de los cuadrados de las participaciones individuales de mercado de las firmas participantes⁵⁵ y que, por su construcción, otorga un peso proporcionalmente mayor a las participaciones de mercado mayores.

En las concentraciones horizontales, se considerará tanto el valor del HHI resultante de la operación, como su incremento o variación. El aumento del HHI equivale a dos veces el producto de las

⁵⁴ Se considera un “*maverick competitor*” (que puede traducirse como competidor rebelde, vigoroso o disidente) a la firma que en el marco de estructuras oligopólicas muestra políticas agresivas de fijación de precios y dificulta las estrategias no coordinadas de fijación de precios supracompetitivos.

⁵⁵ Por ejemplo, dado un mercado con 4 firmas, cuyas cuotas son a, b, c y d, el valor del HHI es: $a^2 + b^2 + c^2 + d^2$.

participaciones de mercado de las firmas que se concentran⁵⁶. Este indicador informa sobre el cambio en la estructura del mercado, atribuible a la operación.

Sobre la base de la experiencia internacional⁵⁷, se considerarán mercados desconcentrados aquellos que presentan un HHI de hasta 1.500 puntos (mercados con casi 7 firmas de tamaño equivalente); mercados moderadamente concentrados aquellos que presentan un HHI de entre 1.500 y 2.500 puntos (con hasta 4 firmas de tamaño equivalente) y mercados altamente concentrados aquellos en los cuales el HHI supera los 2.500 puntos (con 3 o 2 firmas de tamaño equivalente o monopólicos).

La decisión final de COPROCOM tomará en cuenta, entre otros, esos indicadores y elementos de juicio sobre la concentración informada, que se describen en las secciones siguientes.

Considerando el nivel y variación de la concentración de la oferta producto de la operación, pueden enunciarse los siguientes estándares generales para las concentraciones horizontales, que podrán variar en casos específicos.

Operaciones que se presumen sin efectos adversos sobre la competencia: a. operaciones que involucran incrementos del HHI menores a 100 puntos y b. operaciones que resultan en mercados desconcentrados (HHI de hasta 1500 puntos).

Operaciones que se presumen potencialmente lesivas de la competencia: a. operaciones que resultan en mercados moderadamente concentrados (HHI entre 1500 y 2500 puntos) y que implican un incremento del HHI mayor a 100 puntos y b. operaciones que resultan en mercados altamente concentrados (HHI mayor a 2.500 puntos), con incrementos del HHI entre 100 y 200 puntos.

Operaciones que pueden fortalecer el poder de mercado: operaciones que resultan en mercados altamente concentrados (HHI mayor a 2500 puntos), con incrementos del HHI mayores a 200 puntos. Dentro de este conjunto, se destacan aquellas en las cuales la firma que se integra podría alcanzar una participación del 50% o más, que se presume crean una posición dominante de mercado⁵⁸.

VII. POSIBLES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES

Las concentraciones horizontales eliminan la competencia directa entre dos o más participantes del mercado relevante, lo cual pueden generar dos tipos de efectos adversos⁵⁹.

⁵⁶ Por ejemplo, si las participaciones de las firmas que se integran son del 5% y del 10%, la variación del HHI es: $2 \times 5 \times 10 = 100$ puntos.

⁵⁷ Estos son los valores de referencia establecidos en los nuevos lineamientos estadounidenses sobre la base de la experiencia del control de concentraciones en esa jurisdicción. Cf. (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág. 19)

⁵⁸ El criterio de 50% de participación de mercado como presunción de posición dominante corresponde a la jurisprudencia europea (European Commission, 2004, párrafo 17).

⁵⁹ Ley N° 7472, artículo 16 inciso 1.

a. Efectos unilaterales o no coordinados: la operación facilita la capacidad de las firmas integradas de ejercer poder de mercado, de modo independiente, es decir sin ver amenazada su estrategia por la reacción de sus clientes, competidores o consumidores finales.

Esto puede generar además, dos efectos adicionales: uno directo consistente en la posibilidad de una de las empresas de aumentar sus precios y retener total o parcialmente a los clientes que reaccionan negativamente al aumento de precios mediante la empresa vinculada. Adicionalmente, puede existir un efecto indirecto: los restantes participantes del mercado podrían acompañar el aumento de precios, perjudicándose no sólo los clientes de las firmas que se concentran, sino todos los clientes del mercado.

b. Efectos coordinados: la operación altera la estructura e incentivos en el mercado relevante, de modo tal que se facilita o promueve la interacción coordinada, entre todos o los principales participantes, en perjuicio de los clientes.

En los siguientes párrafos se verá con mayor detalle la forma de valorar estos efectos.

A. Efectos unilaterales

Los elementos que se tendrán en consideración para evaluar los efectos horizontales unilaterales son:

- a. el número de firmas y las participaciones de mercado, particularmente en mercados de productos no diferenciados;
- b. el grado en que las firmas que se concentran con competidores cercanos, particularmente en mercados de productos diferenciados;
- c. la existencia de ofertas alternativas disponibles para los clientes, tanto en términos de número de ofertas alternativas disponibles, como en términos de costos de re-direccionamiento de las compras;
- d. la capacidad de reacción de los competidores rivales;
- e. la eliminación de un competidor vigoroso;
- f. la eliminación de un competidor o entrante potencial;
- g. el aumento del poder de compra de las empresas integradas, particularmente si puede perjudicar a sus clientes o consumidores finales.⁶⁰

Se presentan a continuación los tipos más usuales de efectos unilaterales que pueden aparecer como resultado de una concentración horizontal.

⁶⁰ Cf. (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.99 a 4.112)

1. Sobre los precios, en mercados de productos diferenciados

En los mercados con productos diferenciados, algunos productos son sustitutos muy cercanos y competitivos, mientras que otros son sustitutos más lejanos. Por ejemplo: dos celulares de alta gama son más competitivos entre sí que respecto de un celular de baja gama.

En este caso, el grado de competencia directa entre los productos de las empresas que se concentran es central para evaluar los efectos unilaterales sobre los precios atribuibles a la operación.

Cuanto más compradores de los productos de las empresas que se concentran los consideren respectivamente sus alternativas más próximas de consumo, mayores pueden ser los efectos unilaterales adversos para los clientes o consumidores.

Sin embargo, porcentajes bajos de re-direccionamiento de ventas entre los productos de las empresas que se concentran pueden ser considerados con atención, particularmente en los casos en que previo a la operación el margen precio-costado era alto, ya que en esos casos un incremento adicional del margen (producto de un aumento de precios) posiblemente re-direccionaría una proporción alta de ventas hacia los restantes participantes del mercado.

En la medida de lo posible se buscará calcular el grado de competencia directa entre las firmas que se concentran, mediante la estimación del “cociente de desviación” entre sus productos. El cociente de desviación es la proporción de las unidades vendidas de uno de los productos y que se re-direccionan a otro de los productos, como resultado de un aumento de precios del primero. Altos coeficientes de desviación indican mayor probabilidad de efectos unilaterales adversos.

En los casos en que exista información disponible podrá calcularse el valor de las ventas re-direccionadas, que corresponde a la cantidad de unidades re-direccionadas multiplicadas por el margen precio-costado del producto. Este monto es útil como indicador de la presión al aumento de precios que cabe esperar como resultado de la operación.

Nótese que el cálculo del “cociente de desviación” entre los productos de las firmas que se concentran y del valor de las ventas re-direccionadas no requiere necesariamente la definición del mercado relevante y, en los mercados de productos diferenciados, son indicadores directos de los posibles efectos unilaterales de la operación y pueden ser más confiables que el nivel y variación del HHI a tal efecto⁶¹.

Los efectos unilaterales adversos arriba descritos pueden no aparecer si existen participantes en el mercado que ofrecen productos sustitutos muy cercanos de los productos de las empresas que se concentran. En algunos casos otros participantes del mercado tienen capacidad de reposicionar sus productos para transformarlos en productos sustitutos cercanos de los de las empresas que se concentran. El reposicionamiento de la oferta remanente es una respuesta desde el lado de la oferta,

⁶¹ Cf. (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, página 21); Elizabeth M. Bailey, Gregor y K. Leonard, G. Steven Olley, and Lawrence Wu (2010). Joseph Farrell and Carl Shapiro (2010). *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*.

que se evaluará en términos de su oportunidad, suficiencia y probabilidad de ocurrencia para contrarrestar el comportamiento de las firmas que se concentran⁶².

2. Sobre mecanismos negociados de formación de precios y subastas

En muchas industrias, particularmente de productos e insumos intermedios, los compradores y vendedores determinan los precios y demás términos de las transacciones mediante negociaciones privadas. En esas negociaciones, habitualmente los compradores negocian con más de un vendedor y los obligan a competir. En algunos casos se articulan formalmente mecanismos competitivos de aprovisionamiento, mediante subastas, como suele ser usual en la compra pública.

En estos mercados, una concentración entre dos proveedores priva a los compradores de un competidor, lo cual por sí solo puede fortalecer la capacidad y los incentivos de la firma post-concentración de obtener resultados más favorables de la negociación.

En estos casos, efectos unilaterales adversos serán más probables de acuerdo con:

- a. la frecuencia con que, previo a la operación, las firmas que se concentran compitieron y sus ofertas se posicionaron como primera y segunda mejores alternativas;
- b. la distancia entre la firma post-concentración respecto del resto de los proveedores, en términos de atender las necesidades de los compradores;
- c. la rentabilidad de las subastas ganadas previo a la operación;
- d. la información con que cuentan las firmas que se concentran respecto de las preferencias de los compradores.⁶³

3. Sobre la capacidad instalada y la producción, en mercados de productos homogéneos

En los mercados caracterizados por productos relativamente homogéneos o poco diferenciados, interesa evaluar si la firma integrada encontrará rentable restringir unilateralmente la oferta y elevar el precio del mercado.

Los mecanismos utilizados para ese fin pueden ser varios:

- a. producir con capacidad ociosa;
- b. interrumpir proyectos de ampliación de capacidad que se hubieran llevado a cabo en ausencia de la operación;
- c. eliminar instalaciones de producción pre-existentes; o
- d. re-direccionar el uso de la capacidad fuera del mercado relevante, hacia otros mercados.

La estrategia unilateral de restricción de la oferta tiende a ser más rentable cuando:

- a. la participación de mercado de la empresa integrada es alta;

⁶² Cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pagina 21.

⁶³ Cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pagina 22

- b. la proporción de la producción comprometida para venderse a los precios previos a la operación es relativamente baja;
- c. el margen precio-costo sobre las unidades no vendidas es relativamente bajo;
- d. la capacidad y voluntad de sustitución de sus competidores es relativamente baja, y
- e. la elasticidad de la demanda es relativamente baja.

En este caso la concentración beneficia a la empresa con mayor volumen de ventas sobre el cual usufructuar un aumento de precios o con la eliminación de un competidor que hubiera frustrado su estrategia de restricción de la oferta, expandiendo su producción.

Por ejemplo, si se consideran dos industrias que producen commodities en un mercado operando sin capacidad ociosa y con baja elasticidad de la demanda, donde una firma es líder y la otra es importante pero opera con márgenes bajos, debido a que sus plantas son de alto costo. La firma integrada tendrá incentivos a cerrar las plantas de alto costo, restringir así la oferta y subir el precio, ya que re-direccionará parte de las ventas de las plantas cerradas hacia las plantas de mayor margen. La concentración perjudica a los clientes, aunque la operación produjo un re-direccionamiento de la producción hacia instalaciones más eficientes⁶⁴.

Otro caso a considerar es una concentración entre una firma con participación alta en el mercado y una firma con considerable capacidad excedente, aunque baja participación de mercado, en la medida en que esta última haya sido el principal límite de la primera a implementar estrategias de restricción de la oferta.

4. Sobre la variedad e innovación de productos

La competencia usualmente empuja a las firmas a innovar. Se considerará si una operación puede disminuir la competencia en innovación, incentivando a la firma integrada a reducir sus esfuerzos de innovación por debajo del nivel que hubiera prevalecido en ausencia de la operación.

Una concentración horizontal puede producir un efecto adverso de corto plazo si al menos uno de los nuevos productos pronto a salir al mercado hubiera capturado una parte significativa de los beneficios de una de las empresas que se concentran. Aquí hay incentivos para discontinuar estos proyectos de desarrollo, como efecto de la operación.

También una concentración horizontal puede provocar efectos de más largo plazo si al menos una de las empresas que se concentran tenía capacidades en el futuro de desarrollar productos capaces de capturar una parte significativa de los beneficios de las otras empresas. Aquí la operación genera incentivos para no iniciar esos proyectos de desarrollo.

En general se evaluará por un lado, en qué medida la innovación exitosa por una de las firmas que se concentran probablemente hubiera restado ventas a la otra y si los incentivos a innovar serán, entonces, menores. Por otro lado, se evaluará si una concentración involucra a dos empresas de un pequeño subconjunto de empresas con fuertes capacidades de innovar exitosamente en alguna

⁶⁴ Ejemplo extraído de US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág. 23.

dirección específica. En sentido positivo, se evaluará si con la operación se combinan capacidades complementarias de innovación.

En relación con la variedad de productos, se evaluará en qué medida con la operación se discontinuará la venta de algunas variedades de productos, teniendo presente que no toda reducción de la variedad es nociva, particularmente cuando la variedad ofrece poco valor a los consumidores. Sin embargo, hay casos en que la eliminación de una variedad de productos como resultado de una concentración, conlleva mayores precios en las variedades remanentes.

5. Sobre la capacidad de expansión de los competidores

En algunas circunstancias una operación horizontal puede poner a la empresa integrada en posición de impedir el desarrollo de las firmas menores del mercado o potenciales entrantes, por ejemplo, a través del control o influencia sobre fuentes de insumos, canales de distribución, derechos de propiedad intelectual (patentes, marcas y similares), infraestructuras y plataformas tecnológicas. En estos casos, puede considerarse las diferencias de magnitud económica entre la empresa integrada en relación con sus rivales⁶⁵. Estos pueden considerarse como efectos verticales de una concentración horizontal.

B. Efectos coordinados

Mientras el análisis de los efectos unilaterales se concentra en la capacidad e incentivos de la firma integrada para subir sus propios precios (unilateralmente), el análisis de los efectos coordinados se concentra en la capacidad e incentivos de las múltiples firmas que operan en el mercado relevante para aumentar sus precios, en detrimento de los clientes.

Los efectos coordinados de una concentración horizontal son aquellos que posibilitan o incentivan la interacción coordinada entre las firmas, la cual comprende comportamientos que sólo son rentables para cada empresa si conllevan una reacción acomodaticia de las demás.

La interacción coordinada se manifiesta en el debilitamiento de los incentivos de las firmas para presentar mejores ofertas o en el fortalecimiento de sus incentivos a subir precios, en virtud de que se reduce el temor a perder clientes en manos de sus competidores.

La interacción coordinada puede afectar no sólo los precios, sino todas las dimensiones de la competencia: pueden producirse restricciones de la oferta o de la expansión de la capacidad de producción, repartos de mercado según áreas geográficas, categorías de clientes o contratos en licitaciones.

La interacción coordinada comprende un amplio espectro de posibles prácticas o conductas. Puede comprender la negociación explícita de un entendimiento común sobre cómo competir o abstenerse de competir en el mercado, conducta que en sí misma infringe la legislación de competencia. Este comportamiento suele denominarse coordinación explícita.

A través de la interacción coordinada también puede arribarse a un entendimiento común sobre cómo competir o no competir sin ninguna negociación explícita (coordinación tácita) o a un comportamiento paralelo acomodaticio, no resultante de ningún entendimiento previo. En este último caso la respuesta

⁶⁵ Cf. European Commission, 2004, párrafo 36.

de cada competidor es individualmente racional y no motivada en la retaliación o la represalia, pero conduce a aumentos de precios y debilitamiento de los incentivos para reducir precios o proveer mejores ofertas.

La capacidad de las firmas para involucrarse en una interacción coordinada depende de la predictibilidad y magnitud de la reacción de sus rivales frente a un aumento de sus precios u otras estrategias de mercadeo.

Tres condiciones deben satisfacerse para que una coordinación pueda llevarse a cabo: viabilidad, sostenibilidad interna y sostenibilidad externa⁶⁶.

La coordinación es viable si las firmas son capaces de llegar a un acuerdo y luego supervisar su cumplimiento. Por tanto la viabilidad de la coordinación depende del número de participantes en el acuerdo, su semejanza en objetivos e intereses y la transparencia de su accionar en el mercado. La coordinación es internamente sostenible si sus resultados son consistentes con los intereses individuales de cada participante, es decir si sus intereses individuales no los desvían de la coordinación.

Para ello, cada empresa debe percibir que su rentabilidad cae si traiciona el acuerdo intentando capturar clientes mediante rebajas o descuentos encubiertos u otras mejoras respecto de las condiciones comerciales coordinadas⁶⁷. La caída de su rentabilidad puede simplemente producirse si todas las empresas pasan a fijar el precio normal de competencia.

Nótese que en ese caso la represalia puede surgir espontáneamente, sin coordinación explícita o implícita, ni necesidad de incurrir en precios por debajo del costo, como respuesta individual pero simultánea de las empresas para retener su clientela, una como estrategia defensiva conocida como “igualar los precios del rival”.

En suma, la sostenibilidad interna de una coordinación depende de la eficacia de los mecanismos de detección y represalia tempranos de los desvíos de la conducta coordinada (ya que una retaliación tardía reduce el valor presente de la represalia). La transparencia del mercado y los mecanismos de intercambio de información son factores claves al respecto.

Finalmente, la coordinación es externamente sostenible si no existen competidores (actuales o potenciales) que puedan socavarla desde el exterior. La sostenibilidad externa será mayor si las barreras de entrada al mercado relevante son altas, bloqueando la entrada de nuevos competidores; si los restantes competidores que participan en el mercado relevante (que operan fuera de la coordinación) son débiles y con escasa capacidad de expandir sus operaciones, y si no existen clientes capaces de ejercer poder de compra para socavar la coordinación.

Algunos factores son particularmente decisivos en la capacidad de las firmas de sostener una colusión, tales como las barreras a la entrada (ver sección 10), la frecuencia de las interacciones entre los participantes del mercado y el papel de la innovación. Existe poco espacio para las colusiones en

⁶⁶ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.118.

⁶⁷ Esta acción suele denominarse “*free riding*”.

ausencia de barreras a la entrada, interacciones poco frecuentes y mercados liderados por la innovación⁶⁸.

COPROCOM evaluará una serie de factores para establecer las precisadas condiciones de viabilidad y sostenibilidad de una coordinación, según se menciona a continuación. Se advierte que ninguno de estos factores es por sí mismo concluyente o determinante, sino que cobran sentido en el marco de una evaluación integral de todos los elementos que corresponde considerar.

1. Evidencias de coordinación pre-existente

La evidencia de coordinación pre-existente en el mercado relevante es particularmente importante porque revela que las tres condiciones ya se han efectivamente producido en el pasado.

En este contexto, se considerarán también las evidencias de coordinación en el mismo mercado de producto, pero en otros mercados geográficos, en la medida que las situaciones sean comparables.

También se evaluarán pasados intentos fallidos de coordinación en el mercado relevante, a fin de establecer si la operación aumenta las probabilidades de éxito de la coordinación.

En todos los casos será de importancia establecer si la coordinación pasada o los intentos de coordinación pasados involucraron a las empresas que se concentran.

2. Mercados estables, de baja complejidad y de productos homogéneos

La coordinación es más viable cuanto más estable sea el entorno económico, es decir cuanto más estable sean la demanda, la oferta y la tecnología, entre otros. Por ejemplo, en un mercado donde estas variables sean más inestables puede ser difícil para una empresa dilucidar si una baja de las ventas corresponde a una retracción de la demanda o a rebajas secretas de precios producidas por un rival.

La homogeneidad de productos facilita la coordinación porque reduce el número de precios respecto de los cuales es necesario coordinarse y simplifica el monitoreo de la lealtad al acuerdo.

En mercados con alta diferenciación de productos o un ritmo significativo de innovación, la coordinación es menos viable, por cuanto la rentabilidad de las firmas participantes depende en mayor medida de la generación de ventajas competitivas respecto de sus rivales⁶⁹.

3. Grado de concentración del mercado relevante

La coordinación tiende a ser más viable y probable en mercados más concentrados. El número reducido de participantes, por un lado, facilita a cada uno predecir el sentido y la magnitud de la respuesta de sus competidores y, por otro, reduce los costos de supervisión.

En un mercado con pocas empresas, las firmas perciben mayor probabilidad de ser detectadas si se desvían del acuerdo y sufrir represalias.

⁶⁸ Cf. Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole (2003), *Final Report for DG Competition, European Commission*. IDEI, Toulouse, PÁG. 67.

⁶⁹ Cf. European Commission, 2004, párrafo 45.

4. Participaciones de mercado simétricas y semejanza de los participantes del mercado

La coordinación tiende a ser más viable a mayor semejanza entre las empresas que se coordinan, en términos de participación de mercado, estructuras de costos, grado de concentración vertical, entre otros.

La semejanza entre las empresas les facilita llegar a una interacción coordinada, ya sea sobre la base de un acuerdo explícito, implícito o el comportamiento acomodaticio paralelo.

Por un lado, la semejanza entre los competidores facilita a cada uno de ellos predecir el sentido y la magnitud de la respuesta de los demás. Por otro, la semejanza de intereses facilita la sostenibilidad interna del acuerdo.

Debe observarse que una operación puede producir una estructura de mercado conocida como de "líder-seguidores" en la cual existe asimetría entre el líder y los seguidores, pero simetría entre los seguidores. En esta estructura los seguidores pueden coordinarse implícitamente tomando como base la conducta del líder⁷⁰ (quien puede tomar sus decisiones de mercadeo sin preocuparse por las reacciones de sus seguidores). En este caso particular, se observa que la diferencia analítica entre efectos unilaterales y coordinados se desdibuja, o, dicho de otro modo, la operación presenta a la vez efectos unilaterales y coordinados significativos.

5. Ausencia de competidores en el margen ("*fringe competitors*")

Son competidores en el margen ("*fringe competitors*") las firmas que están presentes en el mercado relevante, aunque de modo marginal, y no participan de la coordinación y cuentan con capacidad de expandir sus operaciones y socavar los beneficios de las acciones coordinadas de los participantes principales⁷¹.

6. Eliminación de un competidor rebelde (*maverick competitor*)

De por sí la reducción de competidores como efecto de una operación horizontal puede facilitar la viabilidad de una coordinación, pero la capacidad de las firmas de coordinarse y sus potenciales efectos adversos aumentan notoriamente si la firma adquirida ha sido un competidor agresivo, que históricamente ha tendido a socavar los intentos de coordinación, por ejemplo negándose a seguir los aumentos de precios de sus competidores.

La compra de un competidor rebelde, que por causa de sus intereses particulares ha sido renuente a sumarse a la coordinación, aumenta la viabilidad y sostenibilidad interna de la coordinación.

7. Interacción repetida a lo largo del tiempo e interacciones en terceros mercados

En aquellos mercados en los cuales existe un reducido y estable número de participantes que vienen históricamente interactuando en el mercado relevante, la coordinación es más viable, ya que es más fácil alcanzar implícitamente un entendimiento común sobre comportamientos mutuamente beneficiosos, como un precio por debajo del cual no vender. La interacción repetida en el tiempo

⁷⁰ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.123, nota al pie 82).

⁷¹ Cf. (New Zealand Commerce Commission, 2004, pág.33)

permite conocer qué nivel de precios bajos hace posible desatar una guerra de precios que perjudicaría a todos los competidores.

La represalia contra un competidor por la desviación respecto de una acción coordinada en el mercado relevante puede ocurrir en terceros mercados en los cuales todas o algunas de las empresas involucradas se encuentren operando, por sí mismas o a través de firmas vinculadas⁷².

8. Alta frecuencia y reducido volumen de las transacciones

La coordinación entre competidores es poco viable en los mercados caracterizados por transacciones espaciadas en el tiempo y grandes órdenes de compra, porque se dificulta el establecimiento de un mecanismo efectivo de disuasión de las conductas de desvío respecto a los precios acordados u otras dimensiones de las ofertas.

Ello se debe a que las ganancias que las firmas pueden obtener de evadir el acuerdo y ganar un cliente de la competencia son cuantiosas, ciertas e inmediatas, mientras que la retaliación se aplaza en el tiempo hasta la próxima transacción y su costo es incierto y reducido en su valor presente, dado que sucederá en un momento relativamente lejano en el tiempo⁷³.

9. Mercados transparentes y mecanismos de intercambio de información

La coordinación sólo es viable si las firmas son capaces de detectar las acciones que se desvían del entendimiento común, con el fin de aplicar algún tipo de represalia. La existencia de información sobre precios públicamente disponible⁷⁴ permite detectar rebajas de precios no acordadas. También puede servir para asimilar la información sobre volúmenes y capacidades de producción.

La existencia de vínculos comerciales, societarios o institucionales significativos entre las empresas tales como vínculos de compra-venta, *joint-ventures*, participaciones accionarias cruzadas, pertenencia a asociaciones empresarias pueden facilitar el intercambio de la información clave a efectos del monitoreo del acatamiento de los acuerdos.

También pueden operar como mecanismos de intercambio de información la publicación individual y voluntaria de información sobre precios y ofertas actuales o futuros.

La transparencia de los mercados tiende a ser mayor cuando en las transacciones se realizan bolsas de comercio o subastas. En sentido contrario, la transparencia es menor en los mercados en que los contratos se negocian bilateral y confidencialmente entre compradores y vendedores. Para evaluar el grado de transparencia de un mercado, es importante establecer qué inferencias concretas pueden hacer las empresas de la información disponible⁷⁵.

También se considerarán las cláusulas contractuales con los clientes que pueden operar como mecanismos de intercambio de información para viabilizar la interacción coordinada. Las más usuales

⁷² Cf. European Commission, 2004, párrafo 55.

⁷³ Cf. European Commission, 2004, párrafo 53.

⁷⁴ Notar que la información públicamente disponible no necesariamente debe ser gratuita, ya que su recolección y organización puede ser llevada a cabo por empresas privadas que cobran a los interesados por ese servicio.

⁷⁵ Cf. European Commission, 2004, párrafo 50

son las cláusulas que garantizan a los clientes la igualación de las ofertas de la competencia (cláusulas de igualación de la competencia) o la igualación de las ofertas realizadas a otros clientes (cláusula de cliente más favorecido)⁷⁶.

10. Fijación de precios en función de una referencia base (“base point pricing”)

Las políticas de fijación de precios en función de una referencia base simplifica a las empresas tomar decisiones sobre precios en contextos de gran variedad de productos, o volatilidad del mercado, facilitando la coordinación en ambientes económicos complejos. Cuanto más complejo el mercado, más necesarios son los mecanismos de comunicaciones necesarios para viabilizar una acción coordinada sostenible⁷⁷.

Ejemplos de fijación de precios en función de una referencia base son: la fijación de puntos geográficos arbitrarios para el precio del producto en puerta del cliente; la fijación de precios con base en los precios públicamente disponibles de productos básicos relacionados.

11. Demanda atomizada, débil y de fácil segmentación

La ausencia de clientes fuertes con capacidad de obstaculizar los intentos de coordinación hace más viable y sostenible la coordinación.

Por otra parte, las clientelas segmentables en función de sus atributos físicos, preferencias, poder de compra, ubicación geográfica, lealtad a los proveedores u otros atributos, pueden facilitar los acuerdos de reparto de mercados, siempre que exista información transparente o mecanismos de intercambio de información que permitan detectar si los clientes cambian de proveedores.

12. Baja elasticidad de la demanda

La viabilidad de acciones coordinadas es mayor si la firma que inicia el aumento de precios pierde pocos clientes a favor de sus rivales hasta que estos acomodan los precios al nuevo nivel. Análogamente, si la empresa que recorta sus precios gana pocos nuevos clientes, que pierde una vez que los competidores acomodan los precios a la baja. En general, se entiende que la coordinación es más probable en contextos de baja elasticidad de la demanda, porque los beneficios de la coordinación serán mayores para sus participantes⁷⁸.

VIII. POSIBLES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES VERTICALES⁷⁹

Como se anticipó, el análisis de una concentración vertical requiere definir al menos dos mercados relevantes de producto y geográficos, situados aguas arriba y debajo de una cadena de producción. En el mercado aguas arriba se fabrica o comercializa un producto o servicio que es insumo del producto o servicio que se fabrica y comercializa aguas abajo.

⁷⁶ Cf. European Commission, 2004, párrafo 50.

⁷⁷ Cf. European Commission, 2004, párrafo 47.

⁷⁸ Cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, página 26.

⁷⁹ En esta sección en general se siguen los lineamientos de las autoridades británicas de competencia de 2009, los cuales por su parte siguen los de la Comisión Europea de 2008. No existen lineamientos vigentes en esta materia en jurisdicción de los Estados Unidos.

Existen dos principales efectos anticompetitivos adversos, atribuibles a operaciones de concentración vertical, a saber: la exclusión (total o parcial) de competidores del acceso a insumos y la exclusión (total o parcial) de competidores del acceso a una masa crítica de clientela.

En ambos casos, en general se trata de una empresa que tiene poder de mercado en una de las etapas de la producción, sobre cuya base intenta ganar poder de mercado en una etapa contigua de la cadena, lo que suelen considerarse estrategias de extensión del poder de mercado o “apalancamiento”.

Cuando la exclusión afecta competidores potenciales antes que actuales, el efecto adverso puede ser un incremento de las barreras a la entrada a uno o ambos de los mercados relevantes afectados. Este efecto suele denominarse la necesidad de “doble entrada”, para indicar que sólo es rentable la entrada de competidores verticalmente integrados.

Adicionalmente, en algunos casos, pueden surgir efectos adversos si la firma integrada gana acceso a información comercialmente sensible sobre sus competidores/clientes no integrados.

A. Exclusión del acceso a insumos

La exclusión del acceso a insumos se produce cuando la firma integrada ejerce poder de mercado respecto de los insumos y eleva los costos de sus rivales no integrados restringiendo su acceso o elevando el costo de insumos importantes para preservar la competencia en el mercado aguas abajo.

La exclusión del competidor no integrado se considera anticompetitiva sólo si disminuye significativamente la competencia en el mercado del producto, en detrimento de la oferta disponible para los clientes o consumidores finales, en términos de precio, calidad o disponibilidad de los productos o servicios relevantes.

La exclusión de los rivales puede ser total (forzándolos a salir del mercado) por ejemplo como resultado de una negativa de venta, o parcial, mediante el aumento del precio del producto o servicio insumo o el deterioro de su calidad o disponibilidad (por ejemplo de su interoperabilidad).

La exclusión anticompetitiva de rivales del acceso a insumos es más probable cuando la empresa integrada cuenta con un grado significativo de poder de mercado respecto del mercado de insumos importantes para el funcionamiento competitivo del mercado aguas abajo⁸⁰.

Para evaluar el grado de poder en el mercado aguas arriba se considerará la participación de mercado de la firma integrada. Participaciones mayores al 30%⁸¹ serán consideradas con mayor atención, en relación con la posibilidad de cierre anticompetitivo del mercado de insumos.

⁸⁰ No obstante corresponde tener presente casos excepcionales como el siguiente ejemplo. El mercado del insumo previo a la operación cuenta con sólo dos proveedores que operan con exceso de capacidad y por tanto compiten fuertemente entre sí, fijando precios de competencia. Si uno de ellos se integra hacia delante con un cliente, el resto de los clientes queda sujeto a un único proveedor no integrado, que en virtud de una operación en la que no participó quedó en situación de monopolista. Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.140, nota al pie 87.

⁸¹ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.141.

Se entiende que una firma integrada procederá con una estrategia de cierre de acceso a insumos a sus rivales si ello aumenta su rentabilidad, lo cual en términos generales depende del efecto neto entre la utilidad perdida en el mercado de insumos por la negativa de ventas a sus competidores y la utilidad adicional generada en el mercado aguas abajo, en virtud de la nueva clientela obtenida de los competidores que ha excluido parcial o totalmente del mercado.

A efectos de establecer tal efecto neto, se podrá considerar:

- a. el margen de ganancia en las ventas de insumos a los rivales;
- b. el volumen de ventas de insumos que absorben el resto de los proveedores del insumo, como resultado de los aumentos de precios o negativas de venta en que incurre la firma integrada;
- c. la capacidad y voluntad de tales proveedores independientes de insumos de, por su parte, aumentar los precios o restringir la disponibilidad;
- d. el margen de ganancia de la empresa integrada post operación en el mercado de producto;
- e. el grado en que los competidores no integrados en el mercado de producto aumentan los precios o deterioran la oferta, como efecto de la práctica exclusoria; y
- f. el giro de negocios que como consecuencia se re-direcciona desde los rivales hacia la firma integrada, en el mercado relevante de producto.

Finalmente, corresponde evaluar en qué medida la posible práctica exclusoria de la empresa integrada terminará afectando negativamente a los clientes o consumidores finales, por la vía de la generalización de mayores precios o menor disponibilidad o calidad de productos.

Para ello se evaluarán varios factores, que incluyen:

- a. la naturaleza de la competencia tanto aguas arriba como aguas abajo;
- b. los mecanismos de fijación y formación de los precios, la estructura de los precios; y
- c. la existencia previa de doble marginalización⁸², que resulta removida por la operación, resultando en una reducción de los precios del producto final.

B. Exclusión del acceso a clientes

La exclusión del acceso de los competidores a la clientela surge cuando una firma verticalmente integrada, con poder de mercado aguas abajo, restringe a sus rivales en un mercado aguas arriba acceder a una masa crítica de compradores o incrementa el costo del acceso. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de una empresa que integra la producción de un bien de consumo final y los servicios logísticos de distribución de ese bien y sus sustitutos próximos.

⁸² La doble marginalización es una situación en la cual dos empresas independientes, con poder de mercado, obtienen márgenes positivos aguas arriba y aguas abajo. Si se integran, se fija un único margen, que puede resultar en una mayor cantidad ofrecida de producto y un menor precio.

Una masa crítica de clientela constituye el menor volumen de demanda que necesitan los rivales de la firma integrada para competir con ella en el mercado aguas arriba. La exclusión del acceso de los competidores a la clientela sólo se considerará anticompetitiva si disminuye significativamente la competencia en el mercado de productos, en detrimento de sus consumidores.

La exclusión de los rivales puede ser total o parcial y la capacidad de exclusión de la firma integrada dependerá de su grado de control del acceso a canales clave de comercialización o distribución de los productos de la competencia y de su poder de mercado en la comercialización.

Asimismo, la estrategia de exclusión será factible si aumenta la rentabilidad de la empresa integrada, lo cual dependerá del efecto neto entre la pérdida de ganancias por menores volúmenes de distribución de productos de la competencia y las mayores ganancias por las ventas incrementadas de sus productos, como efecto de la exclusión de sus competidores.

Para establecer el efecto neto sobre la rentabilidad de las estrategias de exclusión del acceso a la clientela se considerarán varios factores, que incluyen:

- a. el margen de ganancia de la empresa integrada en el segmento de distribución o comercialización, particularmente sobre la distribución de los productos de la competencia;
- b. el volumen de distribución de productos de la competencia que absorben el resto de los distribuidores, como resultado de los aumentos de costos o negativas a distribuir en que incurre la firma integrada;
- c. la capacidad y voluntad de los distribuidores no integrados de, por su parte, aumentar los precios o restringir la disponibilidad de sus servicios;
- d. el margen de ganancia de la empresa integrada post operación en el mercado del producto;
- e. el grado en que los competidores no integrados aumentan los precios o deterioran la oferta de sus productos, como efecto de la práctica exclusoria; y
- f. el giro de negocios que como consecuencia se re-direcciona desde los rivales hacia la firma integrada, en el mercado del producto.

C. Efectos coordinados de las concentraciones verticales

Las concentraciones verticales pueden crear o potenciar varios de los elementos estructurales y de comportamiento que viabilizan la interacción coordinada, a saber:

- a. puede proveer acceso a información comercialmente sensible sobre competidores no integrados;
- b. puede aumentar la concentración de la oferta en un mercado relevante, si se excluyen competidores;
- c. en un mercado ya caracterizado por firmas verticalmente integradas, una concentración adicional aumenta la simetría entre los participantes y la transparencia del mercado y

homogeneiza sus intereses facilitando la alienación de los incentivos y la sostenibilidad interna de la coordinación;

- d. puede aumentar las barreras de entrada al mercado, facilitando la sostenibilidad externa de una coordinación;
- e. puede reducir el poder compensatorio de los compradores si la operación consiste en la compra de un gran cliente.

D. Concentraciones “diagonales”

Las concentraciones “diagonales” son un tipo de concentración vertical, cuyos efectos pueden ser similares a los de una concentración horizontal⁸³. Aunque desde otro punto de vista, también pueden considerarse un tipo de concentración horizontal, con efectos verticales.

El tipo más usual involucra a una firma verticalmente integrada que adquiere a un competidor no integrado, que no utiliza el insumo de la firma integrada para su producción, sino un sustituto. Por ejemplo, puede considerarse una firma que integra yacimientos de mineral de hierro y acerías, que adquiere una acería que en lugar de mineral de hierro utiliza chatarra como insumo. Obsérvese que entre la adquirente y la adquirida no existe una relación proveedor-cliente.

Previo a la operación, si la firma integrada aumenta el precio del mineral de hierro y lo traslada al precio del acero, sus ventas de acero se re-direccionan hacia el rival (el acero elaborado en base a chatarra), que no debería haber aumentado su precio.

Esta limitación de la capacidad de fijación de precios de la firma integrada desaparece si ésta adquiere la acería que utiliza chatarra como insumo, ya que ésta también podría proceder a aumentar los precios del acero, ampliando su margen, en detrimento de los clientes de acero.

IX. POSIBLES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES DE CONGLOMERADO

Como se anticipó, el análisis de una concentración de conglomerado requiere definir al menos dos mercados relevantes de producto y geográficos. Serán de interés aquellas que involucran mercados adyacentes, interconectados en una misma cadena de valor. Por ejemplo, insumos clave que se usan complementariamente en la fabricación de un producto final o productos que se son consumidos conjuntamente por el consumidor final.

Existen dos principales efectos anticompetitivos adversos, atribuibles a operaciones de conglomerado, a saber: la exclusión de competidores a través de ventas atadas o ventas en paquete o a través efectos de cartera o “portafolio”.

Las ventas atadas se producen cuando los clientes sólo pueden comprar un determinado producto (el producto vinculante) si, a su vez, compran otro (el producto atado o vinculado). Las ventas en paquete ocurren cuando los clientes reciben descuentos o compensaciones por la compra conjunta de dos

⁸³ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.168.

productos. Si bien estas estrategias de comercialización difieren en su forma, desde el punto de vista de la competencia son de efecto equivalente.

Los efectos de cartera aparecen cuando los clientes valoran acceder a una determinada cartera o variedad de productos y comprarlos conjuntamente. En este caso, la ampliación de una cartera de productos mediante una operación de conglomerado puede generar poder de mercado, para la cartera en su conjunto. Un ejemplo de sector donde es importante la cartera de productos es el de insumos agrícolas (agroquímicos, fertilizantes, semillas y otros insumos clave), donde los clientes valoran adquirir en un único comercio toda la variedad de productos necesarios.

En todos los casos, en general se trata de una empresa que tiene poder de mercado en uno o más mercados relevantes, sobre cuya base intenta ganar poder de mercado otros mercados relacionados, lo que suelen considerarse estrategias de extensión del poder de mercado o “apalancamiento”.

En todos los casos, se considerará que la exclusión es anticompetitiva, sólo si puede producir una disminución significativa de la competencia, en detrimento de los clientes y consumidores finales.

La exclusión anticompetitiva a través de ventas atadas o en paquete será viable si la firma integrada cuenta con un grado significativo de poder de mercado en al menos uno de los mercados relevantes involucrados, es decir si respecto de alguno de los productos involucrados los consumidores no perciben productos sustitutos cercanos.

Este tipo de exclusión será más viable, si existe un gran número de clientes comunes entre las firmas que se concentran, en relación a los clientes que consumen uno u otro producto. Si una porción significativa de los clientes del producto vinculante prefieren comprarlo individualmente, es posible que sus ventas se reduzcan sin que se compensen con las ventas del producto vinculado y la rentabilidad caiga.

La exclusión anticompetitiva resultante de efectos de cartera, será viable si existen costos fijos significativos asociados a la provisión de la variedad de productos que los consumidores valoran y pocas empresas con capacidad de ofrecer la variedad requerida. Este tipo de exclusión será más viable, en la medida en que la firma pueda circunscribirse a vender la cartera completa de productos y evitar vender productos individuales.

Las operaciones de conglomerado pueden crear o reforzar efectos coordinados, en virtud de que:

- a. los rivales parcialmente excluidos preferirán seguir antes que desafiar la fijación coordinada de precios;
- b. las operaciones de conglomerado pueden aumentar la interacción repetida de las firmas en múltiples mercados, aumentando la viabilidad de la coordinación y los costos del desvío;
- c. pueden aumentar la transparencia de los mercados y los mecanismos de intercambio de información.⁸⁴

⁸⁴ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.172/3.

X. CAPACIDAD COMPENSATORIA DE LOS COMPRADORES VIGOROSOS

Los compradores vigorosos⁸⁵ frecuentemente son capaces de negociar acuerdos comerciales favorables con sus proveedores. Tales acuerdos usualmente reflejan los menores costos de proveer a grandes compradores, pero también evidencia una discriminación de precios que los favorece.

La existencia de compradores vigorosos puede limitar la capacidad de las firmas que se concentran para subir sus precios o restringir la disponibilidad o calidad de sus productos, pero no es un factor que por sí mismo pueda despejar todas las preocupaciones que una concentración pueda despertar. Por un lado, la creación o fortalecimiento del poder de mercado puede perjudicar aún a los compradores vigorosos. Por otra parte, corresponde considerar si el resto de los consumidores del mercado pueden perjudicarse.

A efectos de establecer si la existencia de compradores vigorosos puede mitigar algunos de los efectos adversos sobre la competencia de una operación, se considerará no solamente la existencia de compradores vigorosos previo a la operación, sino en qué medida continuarán siéndolo si la operación reduce el número de proveedores confiables disponibles⁸⁶.

XI. BARRERAS A LA ENTRADA O EXPANSIÓN DE COMPETIDORES

A. Definición

Las barreras a la entrada son los factores que impiden o dificultan la entrada de nuevos agentes económicos a un mercado⁸⁷. Estas barreras se pueden reflejar en diversos elementos de orden legal, tecnológico o económico, que afectan adversamente la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la capacidad de entrada de nuevos participantes al mercado relevante, o de la capacidad de expansión de la escala de producción o comercialización de los participantes establecidos⁸⁸.

Cuando las barreras a la entrada son bajas, el comportamiento de la firma integrada se encontrará limitado con mayor probabilidad. Lo contrario sucederá si las barreras son altas.

Si el mercado luego de la operación permanece abierto a la entrada o expansión competidores, esa amenaza puede socavar la sostenibilidad interna de los comportamientos unilaterales o coordinados que la operación de concentración puede incentivar.

La entrada o expansión de competidores puede ocurrir por diversas vías tales como: construcción de nueva capacidad productiva, adquisición y mejoramiento de la capacidad instalada existente, desarrollo de nuevas tecnologías de producción, concentración hacia atrás o delante de firmas que operan en mercados relacionados, expansión de las firmas que operan en el mercado mediante el desarrollo de su capacidad productiva. Igualmente, puede desincentivar los intentos de la firma

⁸⁵ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, pág. 26/7.

⁸⁶ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.192 a 4.199.

⁸⁷ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 2.

⁸⁸ Sobre la definición de barreras de entrada ver la siguiente resolución. Comisión para Promover la Competencia. Voto 22-2013 de las dieciocho horas y cuarenta y tres minutos del trece de agosto de dos mil trece.

integrada y sus competidores de explotar la reducción de la rivalidad producida por la operación sólo si la entrada o expansión es oportuna, probable y suficiente para funcionar como restricción competitiva.

Los planes de los competidores de expandir sus operaciones o ingresar al mercado relevante pueden verse obstaculizados por las denominadas barreras a la entrada.

Las barreras a la entrada son específicas de cada mercado y brindan a las firmas establecidas ventajas sobre competidores potenciales. Se describen a continuación las más frecuentes.

B. Tipos de barreras a la entrada

1. Barreras legales y tecnológicas

La legislación y el acceso a la tecnología pueden otorgar ventajas absolutas a las firmas establecidas. La legislación incluye regulaciones gubernamentales que limitan el número de operadores mediante, por ejemplo, licencias, registros sanitarios, barreras arancelarias y no arancelarias al comercio⁸⁹. Entre las ventajas tecnológicas se incluye el acceso preferencial a facilidades esenciales o derechos de propiedad intelectual, respecto de los potenciales entrantes.

2. Inversión inicial y costos hundidos

Estas ventajas son las que surgen de las inversiones necesarias para establecer una presencia efectiva en el mercado. Incluyen los costos iniciales de establecimiento, los costos asociados a la inversión en activos específicos, investigación y publicidad.

Estos costos serán más relevantes para desincentivar la entrada o la expansión si en una proporción significativa son costos irre recuperables en la salida, es decir son costos hundidos. El costo de salida en sí mismo puede ser una barrera importante a la entrada.

3. Economías de escala

Las economías de escala se producen cuando el costo unitario cae a medida que la escala de producción aumenta. En consecuencia la entrada de competidores de pequeña capacidad no representa una amenaza para las firmas establecidas, ya que les será difícil competir en precio.

Por otra parte, la entrada de competidores de gran capacidad tampoco será una amenaza porque, en general, el montaje de operaciones de gran escala involucra riesgos, especialmente si existen grandes costos hundidos.

Finalmente la entrada o expansión a gran escala será viable si la firma puede expandir el mercado en su conjunto (lo cual en parte depende de la demanda) o puede reemplazar a uno o más operadores establecidos.

4. Tamaño del mercado o de la demanda

Relacionado con lo precedente se encuentra el tamaño del mercado o de la demanda. Si el volumen de la demanda existente es reducido y no puede ampliarse, ello funciona como una barrera a la entrada

⁸⁹ Un análisis de barreras de entrada se realiza en la siguiente resolución: Comisión para Promover la Competencia. Voto 23-2013 de las dieciocho horas y veintisiete minutos del ocho de octubre de dos mil trece.

de nuevos competidores, ya que no existe suficiente espacio para que varias firmas puedan operar rentablemente.

5. *Ventajas de las firmas establecidas*

En algunos mercados son importantes factores tales como la reputación, la experiencia, la lealtad a marcas, la lealtad a proveedores, propios de las firmas primero establecidos y de los cuales carecen los entrantes.

Las firmas preestablecidas pueden responder estratégicamente a la entrada de competidores bajando los precios o invirtiendo en capacidad o marcas adicionales, lo cual encarece la entrada.

6. *Efectos de red*

Los efectos de red surgen cuando los servicios son provistos a través de una red o plataforma y el valor que los usuarios confieren a la red o plataforma se incrementa con la cantidad de usuarios conectados, como es el caso de los servicios de telecomunicaciones. Además, una misma red o plataforma puede ser utilizada por dos o más categorías diferentes de clientes, que valoran la existencia en la red tanto de clientes de su categoría como de la otra. Ejemplos son los llamados “mercados multifacéticos”: medios masivos de comunicación que son utilizados por el público y los publicistas, o las tarjetas de crédito, que utilizan comerciantes y consumidores.

En esos casos, la necesidad para un entrante de capturar una masa crítica de clientes conectados de una o varias categorías opera como una barrera a la entrada de nuevos competidores.

7. *Costos de cambio de proveedor*

La voluntad de los consumidores de re-direccionar sus compras hacia un nuevo proveedor depende de su percepción respecto de los costos y beneficios asociados a esta decisión. Algunos factores incrementan ese costo: falta de información, lealtad de marca, plazo de los contratos vigentes, lealtad a proveedores, entre otros.

8. *Barreras a la entrada generadas por la propia operación*

Como se anticipó, las concentraciones verticales y de conglomerado pueden hacer necesario una doble entrada (entrada en dos mercados vinculados) para que la entrada sea rentable. Por otra parte, una firma establecida con una participación de mercado alta en sí misma es una barrera a la entrada, ya que los entrantes le atribuyen una fuerte capacidad de defender su mercado.

C. *Grado de apertura del mercado relevante*

COPROCOM intentará prever el grado de apertura que existirá en el mercado relevante si se produce la operación. Con ese fin evaluará la probabilidad o viabilidad de la entrada o expansión de competidores, la envergadura de dicha entrada y su oportunidad.

La viabilidad de la entrada o expansión de competidores, dependerá de su rentabilidad, lo cual depende del tamaño del mercado, de los precios y de la capacidad y voluntad de las firmas establecidas de bajar estratégicamente los precios para impedir la entrada.

La envergadura de la entrada se relaciona con la cuota de mercado a la que puede aspirar un ingresante, en relación con la cuota de mercado de la firma integrada. Cuotas bajas en mercados con productos homogéneos, si existe posibilidad de expandir la capacidad de producción, pueden plantear un límite al comportamiento de la firma integrada. En cambio, las cuotas tienen que ser de mayor envergadura en mercados con productos diferenciados. En general, los entrantes que se ubican en nichos de mercado no pueden considerarse una limitación del comportamiento de las firmas establecidas.

El plazo de entrada que se considera oportuno varía según las características propias de cada mercado. Un plazo máximo de dos⁹⁰ años puede ser adecuado para una buena parte de los casos.

El análisis hasta aquí expuesto considera básicamente a los participantes actuales en el mercado relevante y los competidores potenciales más inmediatos.

Las firmas que pueden rápidamente y fácilmente comenzar a ofrecer los productos del mercado relevante se consideran participantes del mercado y se les asignan cuotas de mercado en base a la capacidad de producción que pueden desarrollar o, alternativamente y si fuera posible, se amplía la definición del mercado relevante, en base al criterio de sustituibilidad desde la oferta.

La apertura del mercado relevante post-operación a la entrada de nuevos competidores puede mitigar las preocupaciones sobre sus efectos anticompetitivos adversos, sólo si es suficiente para asegurar que la operación no perjudicará significativamente a los clientes o consumidores.

Con base en lo precedente, para evaluar si la entrada o expansión de competidores luego de una operación notificada es viable, oportuna y suficiente, se considerarán los siguientes elementos:

- a. la historia reciente de entradas o expansión en el mercado relevante, incluyendo costos de entrada e impacto en el mercado;
- b. evidencias de planes de entrada o expansión de terceros;
- c. observaciones directas o información estadística sobre barreras a la entrada, expansión y salida;
- d. los costos de entrada y expansión y de operación de instalaciones productivas de mínima escala eficiente;
- e. el periodo de recuperación de los costos de entrada o expansión;
- f. contratos de largo plazo;
- g. costos de salida del mercados;
- h. potencial efecto del cambio tecnológico y la innovación sobre las barreras a la entrada;

Por ejemplo, este parámetro es el fijado por la autoridad británica. Cf. (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.189).

- i. la capacidad y voluntad de los clientes de patrocinar la entrada o expansión de proveedores;
- j. la viabilidad de importaciones y otras reacciones desde la oferta (si no fueron contabilizadas en el mercado relevante);
- k. la probable respuesta de las firmas establecidas;
- l. el efecto de la propia operación notificada sobre las barreras a la entrada.

XII. GANANCIAS DE EFICIENCIA

Conforme al artículo 16.2.a) de la Ley N° 7472, COPROCOM deberá valorar – en aquellas concentraciones que presentan algún efecto anticompetitivo, sí ésta es necesaria para alcanzar economías de escala o desarrollar eficiencias, cuyos beneficios sean superiores a los efectos anticompetitivos. Para ello, conforme al artículo 52 del Reglamento N° 37899-MEIC, deberá tomar en consideración los efectos procompetitivos que los solicitantes aleguen que se producirán como consecuencia de la concentración.

Este último artículo señala que, para efectos de ser consideradas, las eficiencias deben cumplir con cuatro requisitos:

- a. ser atribuibles directamente a la concentración;
- b. so ser alcanzables de una forma menos restrictiva para la competencia;
- c. ser verificables; y
- d. contrarrestar en su conjunto el daño previsible que la concentración pueda generar a la competencia.

COPROCOM tendrá presente que la legislación de competencia prioriza la protección de los consumidores sobre las eficiencias internas de una concentración, de ahí que le deberá dar mayor relevancia a aquellas eficiencias que contribuyan a la mejora de los sistemas de producción, comercialización y a la competitividad empresarial, así como aquellas que se traduzcan en una mayor o mejor oferta, menores precios o innovación de productos en beneficio de los consumidores intermedios y finales⁹¹. La experiencia internacional indica que las ganancias de eficiencia muy raramente pueden compensar una concentración que genere un monopolio o cuasi-monopolio.

Las ganancias de eficiencia son difíciles de verificar, por lo cual se requiere a los interesados presentar evidencia directa o relevante⁹², basada en estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico.

No se considerarán las ganancias de eficiencia vagas, especulativas o que no puedan verificarse. Las proyecciones de eficiencias generadas fuera del curso normal de negocios de las firmas integradas se

⁹¹ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 52.

⁹² En consonancia con los lineamientos británicos, se aplica el estándar más alto de prueba, no aceptándose evidencia indirecta o circunstancial (Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.205)

considerarán con mayor escepticismo que aquellas estimaciones basadas en experiencias pasadas análogas⁹³.

Para cada ganancia de eficiencia que los interesados atribuyen a la operación, los estudios deberán proveer evidencia directa sobre⁹⁴:

- a. por qué son específicas de la operación y no pueden obtenerse de otro modo;
- b. magnitud estimada, neta de los costos en que deba incurrirse para su obtención;
- c. su probabilidad de ocurrencia;
- d. cómo, cuándo y con qué costos serán obtenidas y traspasadas a los consumidores;
- e. cómo potenciarán la capacidad y voluntad de la firma integrada para competir;
- a. qué consumidores recibirán los beneficios; y
- f. otras evidencias que COPROCOM requiera, conforme a las especificidades del caso.

A. Reducciones de costos

La operación conjunta de instalaciones productivas antes independientes, puede facilitar a la firma integrada reducir costos marginales, unitarios o incrementales de producción, sin reducir anticompetitivamente los volúmenes producidos.

Esta reducción de costos puede provenir del aprovechamiento de economías de escala o de alcance (por ejemplo de producción o distribución conjunta de productos diferentes). También puede provenir de la generalización de los procesos de producción más eficientes a todos los productos e instalaciones productivas de la firma integrada.

En las operaciones verticales, se pueden lograr reducciones significativas de costos de inventarios a través de la coordinación de las operaciones producción y distribución.

Se considerará con un grado mayor de aceptación las reducciones de costos marginales o costos variables o incrementales de corto plazo, en virtud de su importancia en la fijación de precios de corto plazo: son los más relevantes para estimular la competencia y los que con mayor probabilidad se traspasan a los consumidores a través de menores precios. Se atribuirá un menor valor a los ahorros de costos fijos, porque en general configuran ganancias privadas de las firmas y son menos importantes en la fijación de precios en el corto plazo, aunque no se desconocerá su importancia en la fijación de precios de largo plazo⁹⁵.

⁹³ Cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág.30.)

⁹⁴ Listado basado en US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág.30.

⁹⁵ Cf. U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.208.

B. Eliminación de la doble marginalización, en concentraciones verticales

Las operaciones verticales, de existir, permiten a las empresas, remover o internalizar la doble marginalización pre-existentes a la operación.

Los márgenes dobles surgen cuando dos firmas independientes, con poder de mercado en dos etapas sucesivas de la cadena de producción, fijan precios supra-competitivos cada una en su propio mercado.

Una operación de concentración vertical reemplaza los dos márgenes por un margen único, que puede ser de menor magnitud que la suma de los dos márgenes independientes y por tanto resulta en menores precios al consumidor final. Este tipo de eficiencias pueden no ser significativas si, previo a la operación, había acuerdos de aprovisionamiento entre las empresas que se concentran.

C. Alineación de objetivos de inversión, en concentraciones verticales

Las concentraciones verticales permiten alinear los objetivos de inversión en nuevos productos, procesos, mercadeo, publicidad, y otros, de dos firmas ubicadas en etapas sucesivas de la cadena de producción, maximizando los resultados de las inversiones. De esta manera se resuelve un problema de coordinación conocido como “problema de retracción de inversiones”.

D. Reducciones de precios y costos de compra, en operaciones de conglomerado

Las operaciones de conglomerado pueden producir estrategias de mercadeo conjunto de productos complementarios (ventas atadas o ventas en paquete), con menores precios para el consumidor.

Esto puede producirse porque para una única firma puede ser más rentable vender un grupo de productos complementarios a un único precio menor, que el que resultaría de la suma de los precios individuales. Estas reducciones pueden ser significativas, particularmente en aquellos casos en que los precios previos a la operación no estaban fijados competitivamente.

También en algunos casos las operaciones que involucran productos complementarios pueden reducir los costos de compra de los consumidores, que pueden abastecerse de un único proveedor, lo que puede incluir mejoras en la compatibilidad de los productos complementarios o en la atención al cliente.

E. Eficiencias con posibles efectos ambiguos

A diferencia de las eficiencias tratadas previamente, las eficiencias que se describen brevemente a continuación, pueden tener resultados más ambiguos.

1) Investigación & desarrollo⁹⁶

Las eficiencias basadas en acciones de investigación y desarrollo potencialmente pueden ser de una magnitud significativa, pero de difícil verificación y pueden provenir de reducciones anticompetitivas de la oferta disponible resultantes de la operación.

⁹⁶ Cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pag. 31.

Los ahorros de costos que la firma integrada puede lograr en las acciones de investigación y desarrollo pueden incentivar la innovación en el mercado antes que la fijación competitiva de precios en el corto plazo.

2) Mejoras en el aprovisionamiento, gerenciamiento y costos del capital

Estas eficiencias en general no suelen ser específicas a la operación de concentración, significativas o cognoscibles.

3) Efectos de red

Los efectos de red pueden ser beneficiosos para los consumidores, cuando involucran una sola categoría de consumidores, que se benefician directamente de la conformación de una red ampliada. Sin embargo, allí donde la red o plataforma involucra varias categorías diferentes de consumidores, el efecto neto puede ser ambiguo, ya que puede beneficiar a unos y perjudicar a otros consumidores.

4) Reposicionamiento de productos

En algunos casos que involucran firmas con productos diferenciados, la operación puede conllevar el reposicionamiento tanto de los productos de las firmas que se concentran (que típicamente intentarían aumentar la diferenciación entre sus productos) como de sus competidores, que pueden hasta crear nuevos productos competidores de los productos reposicionados, y como resultado neto de la operación, producirse una mayor variedad de productos.

Nótese que el reposicionamiento de productos puede tener un efecto ambiguo en los precios. Por un lado, si las firmas integradas buscan diferenciar sus productos, se reduce su sustituibilidad. Por otro lado, se debilita la competencia en precios, con la mayor distancia entre los productos en el espacio de productos diferenciados.

XIII. FIRMAS EN CRISIS

Conforme con el artículo 16.2.b. de la Ley N° 7472, COPROCOM podría aprobar una concentración, aún si tiene algún efecto anticompetitivo, si involucra una empresa en crisis, que probablemente saldría de todas maneras del mercado en ausencia de la concentración.

Dado el carácter excepcional de la norma, COPROCOM la aplicará sólo a las empresas en crisis. En general, la venta de divisiones o subsidiarias en crisis de empresas rentables no cumplen con el criterio de salida inevitable⁹⁷.

El Reglamento N° 37899-MEIC, en su artículo 55, detalla los requisitos que se deben cumplirse para que pueda aplicarse esta excepción:

- a. que el agente económico objeto de la adquisición se encuentre en una situación financiera que, en ausencia de la concentración, le haría abandonar el mercado en un corto plazo; y
- b. que de previo a la concentración, se han realizado esfuerzos de buena fe para buscar otros compradores u otras alternativas distintas a la concentración notificada.

⁹⁷ Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.29.; Cf. U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission, 2006, pág. 32.

En consecuencia, sólo se considerará la aplicación de la excepción, si los interesados proveen evidencia directa o relevante de que:

- a. aplicando las reglas de asignación de costos que reflejen los costos reales económicos, la división o empresa ha persistentemente obtenido flujos operativos negativos, que no son económicamente justificables para la empresa en virtud de beneficios obtenidos en mercados complementarios o fidelización de los clientes; y
- b. el propietario de la división o empresa en crisis ha realizado esfuerzos de buena fe, no exitosos, para convocar otras ofertas que mantengan sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante, con menor daño para la competencia. La evidencia debe mostrar que planes de administración de la división no han sido alterados con el propósito de generar un flujo operativo de negocios negativo, a los efectos de obtener la autorización de la concentración.⁹⁸

En aquellos casos en que se cumpla con lo anterior, COPROCOM autorizará la concentración sin necesidad de analizar sus efectos en el mercado.

XIV. RESTRICCIONES ACCESORIAS

En ocasiones, el acuerdo de concentración contiene condiciones que, aisladamente, son restrictivas a la competencia. Sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, estas condiciones podrían considerarse legítimas, cuando califican como “restricciones accesorias” (“*ancillary restraints*”)⁹⁹.

Las restricciones accesorias, si bien valoradas aisladamente podrían disminuir el nivel de competencia, en ocasiones se deben analizar solo como un componente del acuerdo de integración del que forma parte, y en conjunto con éste, ya que la existencia de este tipo de restricciones puede hacer factible (o más eficiente) la operación de concentración.

Cuando dicho acuerdo implica una integración en una determinada actividad productiva y, tiene la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor, no se puede hablar realmente de un acuerdo anticompetitivo, sino de un acuerdo de concentración, de *joint venture* u otra forma de integración productiva¹⁰⁰. En esos casos, y apegados al principio jurídico que “lo accesorio sigue a lo principal”, las restricciones accesorias se valoran como parte de la operación de integración, y en conjunto con ésta.

En este sentido, la Comisión de Competencia de la Unión Europea ha indicado lo siguiente sobre este tipo de acuerdos:

“Restricciones de las partes de un acuerdo (incluyendo los acuerdos de concentración), que no constituyen el objeto primordial del acuerdo, pero están directamente

⁹⁸ Cf. U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission, 2006, pág. 32.

⁹⁹ El tema de las restricciones accesorias es analizado en la siguiente resolución: Comisión para Promover la Competencia. Voto 04-2014 de las dieciocho horas veinticinco minutos del cuatro de marzo del dos mil catorce.

¹⁰⁰ INDECOPI. Resolución N° 206-97-TDC.

relacionados con éste, y necesarios para el funcionamiento adecuado de los objetivos previstos por el acuerdo. En el campo de los acuerdos de cooperación, un ejemplo podría ser la obligación dentro de un acuerdo de I&D de realizar, independientemente o junto con terceros, investigaciones y desarrollo en el campo sobre el cual se relaciona el acuerdo. Un ejemplo de restricción accesoria en una concentración es una cláusula de no-competencia impuesta por el comprador al vendedor durante un período de transición.”¹⁰¹

Bajo esta figura de las restricciones accesorias podrían analizarse incluso restricciones que vistas aisladamente, calificarían para un tratamiento bajo la regla *per se*. Por ejemplo:

“(…) un estudio de abogados está compuesto por miembros que pueden competir entre sí pero, sin embargo, acuerdan eliminar esa rivalidad o competencia y prefieren integrar sus actividades con la finalidad de brindar un servicio más efectivo compartiendo costos. Así, los miembros, en muchos casos, no sólo se encuentran prohibidos de trabajar por cuenta propia, sino que están divididos en áreas determinadas y deben cobrar por sus servicios una tarifa común establecida por acuerdo de todos. En ese sentido, los miembros fundadores o socios de dichos estudios acuerdan los honorarios profesionales a ser cobrados por cada abogado, dependiendo del status que tenga, (acuerdo de precios) y usualmente, de manera tácita, deciden las áreas de especialización del estudio, así como la asignación de los clientes (acuerdo de reparto de mercado).

*Ello no llevaría a suponer que los estudios de abogados fijan los honorarios profesionales o que controlan la especialización de las áreas del Derecho y sus clientes con el propósito de restringir la producción. Cada estudio de abogados debe competir con todos los otros que existen en el mercado, por ello, el suponer que la unión de los miembros tiene como fin restringir la producción no es sostenible. Lo que sucede es que en realidad no estamos hablando propiamente de un acuerdo de precios, sino de un contrato de asociación profesional del cual el establecimiento de una tarifa común es solo un acuerdo accesorio y complementario para hacer viable la asociación o para hacerla más eficiente. Por ello consideramos, que ese tipo de acuerdos son adoptados por que sus miembros consideran que de esa manera pueden brindar un servicio más eficiente y reducir los costos de brindarlos a los usuarios. Lo que se acuerda es integrarse, no restringir la competencia. Por ello no pueden ser considerados *per se* ilegales, saliendo fuera del ámbito de la regla *per se*.”¹⁰²*

Así las cosas, cuando una restricción de este tipo forma parte integral e indispensable de un acuerdo de integración, se analiza en conjunto con este. En caso contrario, en el análisis de la concentración no se considerará ni se aprobará tal restricción a la competencia, la cual podría incluso ser objeto de una investigación independiente por posibles prácticas monopolísticas.

¹⁰¹ http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/a_en.html#t116

¹⁰² INDECOPI. Resolución N° 206-97-TDC.

Ahora bien, para que una restricción accesoria esté directamente relacionada con una concentración, no basta que el acuerdo sea simultáneo con ésta, o que las partes así lo indiquen. Más bien, para poder calificar de accesorias, estas restricciones deben cumplir con dos requisitos fundamentales:

- a. estar directamente relacionados y forman parte integral a una transacción comercial legítima (de concentración en el contexto de este documento), y
- b. ser razonablemente necesarias para el funcionamiento adecuado de los objetivos previstos por el acuerdo¹⁰³.

En otras palabras, para ser accesoria, y por lo tanto exenta de análisis como práctica monopolística autónoma, un acuerdo anticompetitivo debe estar subordinado y formar parte de una transacción legítima independiente. Esta restricción accesoria sería subordinada al acuerdo principal en el sentido que cumple con el propósito de permitir la realización, o bien hacer más efectivo el cumplimiento de los fines del negocio principal¹⁰⁴.

En la Unión Europea¹⁰⁵ se han analizado con detalle los ejemplos más comunes de restricciones accesorias: las cláusulas de “no-competencia”, los acuerdos de licencia, y las obligaciones de compra y suministro.

En nuestra legislación comercial, las cláusulas de no-competencia son válidas cuando se estipulan por un tiempo limitado y razonable¹⁰⁶. Desde el punto de vista de competencia, y en el contexto de una concentración, dichas cláusulas usualmente constituyen una garantía al comprador de que se mantendrá el valor de la empresa adquirida. Normalmente, y cuando se estipula por tiempo limitado y en condiciones razonables (en cuanto a ámbito geográfico, contenido y sujetos afectados¹⁰⁷), hay

¹⁰³ “Los acuerdos han de ser «necesarios para la realización de la concentración» (2), lo que significa que, en su ausencia, no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costes considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad (3). Por lo general, reúnen estos criterios los acuerdos destinados a proteger el valor transferido (4), preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica (5) o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad (6). A la hora de determinar si una restricción es necesaria o no, no sólo conviene tener en cuenta su naturaleza, sino que también hay que asegurarse de que su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación no exceden de lo que requiere razonablemente la realización de la concentración. Cuando existan alternativas de eficacia idéntica para lograr el objetivo legítimo apetecido, las empresas deberán escoger la que, desde un punto de vista objetivo, restrinja menos la competencia.”. Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin. (2005/C 56/03)

¹⁰⁴ *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224 (D.C. Cir. 1986). Citado por: Werden, Gregory. "Rule of Reason v. Per Se: Where are the Boundaries Now?" *The Ancillary Restraints Doctrine*. American Bar Association. Section of Antitrust Law. 54th Antitrust Law Spring Meeting. March 29-31, 2006.

¹⁰⁵ Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin. (2005/C 56/03)

¹⁰⁶ Tribunal Segundo Civil de San José. Sección Segunda. Voto N° 171 de las 9:20 horas del 4 de mayo de 2001.

¹⁰⁷ A modo de referencia, en la Unión Europea se ha considerado: a. Un plazo razonable para este tipo de obligaciones es un máximo de tres años, y en ocasiones (particularmente cuando la venta se limita a ciertos activos), la cláusula podría no justificarse del todo. b. El ámbito geográfico debe limitarse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios de referencia antes del traspaso, o bien aquellos en los que ya ha realizado inversiones con miras a una expansión. c. La cláusula debe limitarse a los productos que forman parte de la actividad económica de la empresa traspasada (incluidas las versiones mejoradas y las actualizaciones de productos y los modelos sucesivos) y aquellos que estén en fase avanzada de desarrollo. d. En cuanto a los sujetos afectados, El vendedor puede comprometerse en nombre propio y en el de sus filiales y agentes comerciales, sin que se justifique ni se considere accesoria la restricción impuesta a terceros. Comunicación de la

motivos para pensar que sin una cláusula de este tipo no sería posible la venta de la empresa, o decrecería su valor considerablemente.

Los acuerdos de licencia, por su parte, pueden formar parte de una operación que incluya la transferencia de derechos de propiedad industrial e intelectual o de conocimientos técnicos. Es posible, sin embargo, que el vendedor conserve la titularidad de tales activos y pretenda explotarlos en actividades distintas, en cuyo caso es usual que le otorgue al comprador la posibilidad de explotarlos por medio de una licencia¹⁰⁸. Siempre que los activos intelectuales o conocimientos técnicos en cuestión se relacionen con las actividades de la empresa traspasada, estas licencias (sean o no exclusivas) se podrán considerar necesarias para realizar la concentración, y no necesariamente se requerirá que tengan una vigencia limitada. Las limitaciones territoriales que estén asociadas a esta licencia se valoran bajo el mismo principio que el indicado arriba para la cláusula de no-competencia.

Finalmente, en cuanto a los acuerdos de compra y suministro, usualmente cumplen el fin de asegurar a la empresa traspasada la cadena de suministro de productos o insumos necesarios para su operación, que en muchos casos pueden verse afectados negativamente por la operación. En ausencia de esta garantía de suministro, se podría poner en riesgo la operación del negocio traspasado (o de las actividades restantes del vendedor cuando el traspaso de la empresa es parcial), de ahí que se justifiquen estos acuerdos al menos de forma transitoria.

En la Unión Europea, como referencia, se admiten este tipo de acuerdos por un máximo de cinco años de duración. Aun así, las obligaciones relativas al suministro de cantidades ilimitadas, que establezcan la exclusividad o confieran la condición de proveedor o comprador preferente, por lo general no se consideran necesarias para la realización de la concentración. Por su parte, los acuerdos de servicio y distribución pueden tener un efecto equivalente a los de suministro; en consecuencia, se aplicarán las mismas consideraciones.

Los anteriores tres casos son solamente ejemplos de las restricciones accesorias más comunes. Sin embargo, este principio podría aplicarse a una infinidad de situaciones, las cuales se valorarán caso a caso aplicando los principios arriba indicados.

XV. CONDICIONES

A. Introducción

Una vez realizado el análisis de probables efectos de la concentración, COPROCOM podrá condicionar su aprobación a la adopción de determinadas condiciones que estén diseñadas para reducir o contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos provocados por la concentración (o potenciar sus eficiencias)¹⁰⁹.

Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin. (2005/C 56/03)

¹⁰⁸ Es posible también que suceda a la inversa, es decir, que el comprador adquiera la titularidad del activo y le otorgue la licencia al vendedor para que lo explote en otras actividades.

¹⁰⁹ Ley N° 7472, artículos 16 inciso 3, 16 ter y 27 inciso i).

Las condiciones deberán ser propuestas por las empresas involucradas en la concentración, ya sea junto con su notificación inicial¹¹⁰, o bien posteriormente, cuando COPROCOM le conceda un plazo para ese efecto, una vez que realice el análisis de la concentración¹¹¹.

Estas condiciones, que serán de carácter temporal, pueden ser una o varias de las siguientes¹¹²:

- a. La cesión, el traspaso, la licencia o la venta de uno o más de los activos, derechos, acciones, sistema 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, o del tipo de clientes al que pueden ser ofrecidos.
- c. La obligación de suplir determinados productos o prestar determinados servicios, en términos y condiciones no discriminatorios, 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.

De conformidad con el inciso e) del artículo 16.3. de la Ley N° 7472, la lista anterior es *numerus apertus*, es decir, que COPROCOM podrá establecer además otras condiciones debidamente justificadas, que sean necesarias para impedir, disminuir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la concentración.

Las condiciones que establezca COPROCOM deberán estar directamente vinculadas a la corrección de los efectos anticompetitivos previstos de la concentración y guardar proporción con lo que se pretenda corregir¹¹³. Dado que se trata de una herramienta para contrarrestar efectos de una concentración, y no para regular mercados, las medidas y condiciones no podrán obligar a las partes a mejorar las condiciones de competencia de un mercado previas a la concentración. Sin embargo, COPROCOM sí podrá aceptar propuestas formuladas por los agentes económicos involucrados, aun cuando dichas propuestas vayan más allá de lo estrictamente necesario para contrarrestar los efectos anticompetitivos.

Las condiciones impuestas deberán cumplirse en los plazos que establezca la Comisión, que no podrán ser mayores a diez años. Sin embargo, al vencerse el plazo, la Comisión podrá ordenar la extensión del plazo por cinco años más, si el agente económico aún presenta condiciones de operación que tengan efectos anticompetitivos.

Como se puede ver de la lista anterior y se desarrollará más adelante, las condiciones pueden ser de dos tipos: estructurales o de comportamiento. Entre ellas, se debe dar prioridad a las medidas de comportamiento, salvo que éstas resulten más gravosas para el agente económico que el remedio estructural¹¹⁴.

¹¹⁰ Reglamento N° 37899-MEIC , artículo 45 inciso l).

¹¹¹ Reglamento N° 37899-MEIC , artículo 57 inciso d).

¹¹² Ley N° 7472, artículo 16.3.

¹¹³ Reglamento N° 37899-MEIC, artículo 59 .

¹¹⁴ *Ibidem*

B. Condiciones para restablecer la competencia: objetivo y características

Estas condiciones, también conocidas como remedios, tienen por objetivo restaurar o mantener el grado de competencia en el mercado que puede verse alterado por una operación de concentración económica. Por ello, resulta de particular importancia la selección de la más adecuada por parte de la Autoridad.

Al momento de seleccionar, diseñar e implementar una medida de este tipo habrá que considerar que sea:

- Proporcional: El remedio debe ser acorde a los efectos anticompetitivos que se quieren evitar y razonable para ese fin. El objetivo no es penalizar a las partes de una concentración ni aumentar la competencia, sino mantenerla.
- Adecuado e Integral: El remedio debe ser suficiente y apropiado para el tratamiento de los efectos anticompetitivos de la operación, tendiendo a abarcar la totalidad de los impactos negativos en el mercado.
- Efectivo: El remedio debe ser factible de ser implementado, monitoreado y cumplido, y su cumplimiento debe ser ejecutable. Asimismo, el remedio debe eliminar las preocupaciones anticompetitivas, no simplemente ofrecer una posibilidad de eliminarlas.
- Oportuno: El remedio debe solucionar eficientemente, durante su vigencia, los efectos anticompetitivos de la operación.

Si bien cada caso requerirá un análisis independiente, se buscará en la medida de lo posible que exista consistencia en las condiciones impuestas por COPROCOM con el fin de proveer una base confiable para las expectativas y toma de decisiones corporativas.

C. Clasificación

Se encuentran a disposición de las partes y de la COPROCOM distintas medidas, cuyo alcance, efecto y oportunidad deberán ser analizadas en conjunto, caso por caso, con el fin de adoptar la que resulte más adecuada para paliar las consecuencias anticompetitivas que puedan derivarse de una concentración. Estas medidas pueden clasificarse en estructurales y conductuales (o de comportamiento)¹¹⁵:

- a. Estructurales: Son las que modifican en forma directa la asignación de derechos de propiedad. Entre ellas, principalmente la desinversión o venta de la totalidad de un negocio en marcha o

¹¹⁵ Existen también medidas remediales que podrían ser calificadas como un híbrido entre las estructurales y las conductuales, donde la extensión de la medida determinará su calificación como una u otra. Estas medidas están relacionadas principalmente con la propiedad intelectual, donde puede observarse la obligación de otorgar licencias por determinado período con el objeto de reducir o eliminar las barreras a la entrada o expansión en el mercado. Si el remedio requiere una cesión o licencia de propiedad intelectual en forma exclusiva e irrevocable, sin pago de regalías, se estaría frente a una medida estructural, mientras que si requiere que el licenciado dependa del licenciante para suministros, actualizaciones, etc., resultará una medida conductual.

la desinversión parcial de activos y actividades de las partes a favor de terceros competidores o de un nuevo participante en el mercado. Para que una desinversión sea efectiva requerirá la venta de un conjunto apropiado de activos, mediante un proceso oportuno a un comprador adecuado. En general, el conjunto de activos a desinvertir será la unidad mínima de un negocio que contenga todas las operaciones relevantes pertenecientes al área en conflicto y que pueda competir con éxito en forma autónoma (*"stand alone basis"*).

El alcance de la desinversión debe ser suficiente para hacer frente a los efectos anticompetitivos esperados y permitir al comprador de los activos competir efectivamente en el mercado. A su vez, los alcances de estas medidas pueden ser modificados o complementados por otras disposiciones. Así, el conjunto de activos a desinvertir puede ser modificado, por ejemplo, para el caso que la desinversión no sea llevada a cabo en el plazo acordado para ello, estableciendo la obligación de desinvertir otros activos en forma adicional de manera tal de hacerlo más atractivo para posibles interesados (*"crown jewel provisions"*).

Complementariamente, puede designarse un agente fiduciario independiente a cargo de la venta del paquete de activos a desinvertir o un agente fiduciario encargado de monitorear, durante el proceso de venta, el manejo independiente del negocio que se debe desinvertir.

- b. Conductuales (o de comportamiento): Son remedios diseñados para modificar o limitar el comportamiento de las partes en el mercado, implementados mediante compromisos asumidos por ellas. Pueden consistir, básicamente, en medidas tendientes a facilitar la rivalidad horizontal o en medidas tendientes a controlar efectos anticompetitivos.

Entre las primeras se encuentran los compromisos tendientes a garantizar que los competidores tengan acceso a ciertos activos esenciales o tecnologías de propiedad de una de las partes, compromisos de reducir barreras a la entrada, establecimiento de reglas de gobierno corporativo que limiten la influencia de una empresa en otra -especialmente en lo relativo a la fijación de políticas comerciales y que impidan el mutuo acceso a información comercialmente sensible (conocidas como *"firewall provisions"* y *"chinese walls"*)-, compromisos de no atar la venta de un producto a otro, y hasta obligaciones de no competir en determinados sectores del mercado.

Entre las medidas tendientes a controlar los efectos (como pueden ser precios o rangos de productos) se incluyen la aplicación de límites máximos de precios, acuerdos de nivel de servicios y compromisos de mantener el suministro de productos.

En este tipo de medidas resulta importante considerar su adecuada duración. Pueden permanecer activas durante un período determinado, luego del cual concluyen. Alternativamente, pueden estar sujetas a revisión luego de cierto plazo, con la opción de ser mantenidas, removidas o adaptadas dependiendo de las conclusiones de tal revisión.

Por último, estas medidas no siempre son excluyentes entre sí y pueden emplearse en forma complementaria para obtener una solución efectiva, siendo también posible emplear medidas conductuales como protección interina hasta tanto las medidas estructurales se encuentren operativas.

XVI. REFERENCIAS.

Comisión Europea. (2002). *Electronic Communications Framework Directive (2002/21/EC)*.

Comisión Europea. (1998) *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) no 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01)* (Texto pertinente a los fines del EEE). Diario Oficial n° C 066 de 02/03/1998 p. 0001 - 0004

Comisión Europea. (2004) *Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones")* (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial n° L 024 de 29/01/2004 p. 0001 – 0022*.

Comisión Federal de Competencia, México (2011). *Guía para la Notificación de Concentraciones*.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Argentina (2001). *Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica*.

Comisión para Promover la Competencia. *Artículo sexto de la sesión ordinaria número 19-04, celebrada a las 17:30 horas del 25 de mayo del año 2004*.

Comisión para Promover la Competencia. *Artículo octavo de la sesión ordinaria número 16-11, celebrada el 3 de mayo del 2011*.

Comisión para Promover la Competencia. *Artículo segundo de la sesión extraordinaria número 02-11, celebrada el 13 de julio del 2011*.

Comisión para Promover la Competencia. *Artículo tercero de la sesión ordinaria número 04- 11, celebrada el 25 de enero del 2011*.

Comisión para Promover la Competencia. *Voto 11-2013 de las diecinueve horas quince minutos del veintiocho de mayo de dos mil trece*.

Comisión para Promover la Competencia. *Voto 12-2013 de las dieciocho horas cuarenta y dos minutos del dieciocho de junio de dos mil trece*.

Comisión para Promover la Competencia. *Voto 13-2013 de las diecinueve horas cinco minutos del dieciocho de junio de dos mil trece*.

Comisión para Promover la Competencia. *Voto 22-2013 de las dieciocho horas y cuarenta y tres minutos del trece de agosto de dos mil trece*.

Comisión para Promover la Competencia. *Voto 23-2013 de las dieciocho horas y veintisiete minutos del ocho de octubre de dos mil trece*.

Comisión para Promover la Competencia. *Voto 32-2013 de las dieciocho horas treinta minutos del diez de diciembre del dos mil trece*.

Comisión para Promover la Competencia. Voto 04-2014 de las dieciocho horas veinticinco minutos del cuatro de marzo del dos mil catorce.

Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. *Definición de los Mercados Relevantes y de los Operadores y/o Proveedores Importantes*. RCS-307-2009, a las 15.35 horas del 24 de setiembre de 2009.

Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. *Lineamientos para la Definición de Mercados Relevantes, Operadores Importantes y Análisis del Grado de Competencia en los Mercados Relevantes*. RCS-353-2012, a las 12 horas del 21 de noviembre del 2012.

European Commission. (1997). *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition*. Official Journal C 372 , 09/12/1997 P. 0005 - 0013.

European Commission, (2004). *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*.

European Commission. (2004). *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Official Journal 5.2.2004.

European Commission, (2007). *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Draft guidelines.

Farrell, J.; Shapiro, C. (2010). *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*.

Fiscalía Nacional Económica, Chile (2012). *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*.

Greco E., Petrecolla, D., Romero, C. & Romero Gómez, E. (2012). *El control de Fusiones y Adquisiciones en Argentina (1999-2011). Indicadores de desempeño*. MPRA. University of Munich.

Hildebrand, D. (2002). *EE&MC Comments on the Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89*.

Hovenkamp, H. (1985). *Economics and Federal Antitrust Law*. : West Publishing Co. St. Paul, MN: West Publishing Co.

INDECOPI. *Resolución N° 206-97-TDC*

Ivaldi, M., Jullien B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J. (2003), *Final Report for DG Competition, European Commission*. IDEI, Toulouse.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 del 20 de diciembre de 1994.

Ley N° 9072 del 20 de setiembre del 2012. Reforma de la Ley N.º 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de Diciembre de 1994, y sus Reformas.

Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.

New Zealand Commerce Commission. (2004). *Mergers and Acquisitions Guidelines*.

OECD. (2009). Competition and Financial Markets. Policy Roundtables.

OECD, (2005). *Recommendation of the Council on Merger Review*.

Petrecolla, D. (2004) *Manual para investigar conductas anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay.

Petrecolla, D., & Bidart, M. (2006). *Defensa de la competencia en los mercados energéticos: el enfoque integral de la autoridad Argentina de Competencia*. En Progresos en Organización Industrial. Editorial Temas-AAEP.

Petrecolla, D., & Graff, C. (2012). *Las ganancias de eficiencia productiva en el control de concentraciones económicas*. Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia. LEGIS-FIDAS. Año 3-2012-1.

Petrecolla, D., & Graff, C. (2011). *Medidas para restablecer la competencia en el análisis de concentraciones*. Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa. La Ley. Año II, Nro. 2, abril 2011.

Petrecolla, D., & Romero, C. (2010). *El control de concentraciones en el sector de generación eléctrica*. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. INDECOPI. Año 6 Número 11. Primavera 2010

Petrecolla, D., & Romero, C. (2008). *El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia*. En Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno, Tomo II. Ana Piaggi, editora. AbeledoPerrot.

Petrecolla, D., & Romero, C. (2007). *Defensa de la competencia en el sector eléctrico*. En Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno, Tomo I. Ana Piaggi, editora. LexisNexis.

Porter, Michael (1985) *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*. Free Press, New York, 1985.

Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, N° 37899-MEIC del 8 de julio del 2013.

Reino de España (2008), REAL DECRETO 261/2008.

Sullivan, T., & Harrison, J. (1998). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* (3 ed.). New York: Mathew Bender.

Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia (2013). *Guía de Análisis de Integraciones Empresariales*.

Tribunal Segundo Civil de San José. Sección Segunda. Voto N° 171 de las 9:20 horas del 4 de mayo de 2001.

U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission. (2009). *Merger Assessment Guidelines. Consultation Document*. OFT 1078, Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña, Office of Fair Trading (OFT) & Competition Commission (CC).

United Nations Conference on Trade and Development, (2000). *Mergers and Acquisitions: Policies Aimed at Maximizing the Positive and Minimizing the Possible Negative Impact of International Investment*.

United Nations Conference on Trade and Development, (2008). *Voluntary Peer Review on Competition Policy: Costa Rica*.

U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission. (2006). *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*.

U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission. (2010). *Horizontal Merger Guidelines. For Public Comment*.

Werden, G. J. (2002, junio 4). *The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm*. U.S. Department of Justice.

Werden, Gregory. *"Rule of Reason v. Per Se: Where are the Boundaries Now?" The Ancillary Restraints Doctrine*. American Bar Association. Section of Antitrust Law. 54th Antitrust Law Spring Meeting. March 29-31, 2006.

ANEXO1. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR EN ALGUNOS SECTORES ECONÓMICOS ESPECÍFICOS.

Los principios de la política y legislación de competencia se mantienen en el análisis de los efectos sobre la competencia de las operaciones de concentración económica en los sectores estratégicos o regulados de la economía, aunque ese análisis puede representar un desafío para la autoridad de competencia para ajustar la metodología de trabajo a las complejidades particulares de estos casos.

Por un lado, son sectores caracterizados por distintos tipos de fallos de mercado (externalidades, poder de mercado, asimetrías de información, barreras a la entrada, entre otros), entonces sujetos a instrumentos de regulación técnica y/o económica, en los cuales las conductas de las empresas y las decisiones de la autoridad de competencia pueden alterar la capacidad de regulación de los reguladores sectoriales. Las regulaciones especiales a las que se someten algunos sectores modifican en algunos casos el rol que desempeña COPROCOM dentro de la regulación.

Por otro lado, en virtud del carácter estratégico de estos sectores, los posibles errores de la autoridad de competencia en la aplicación de la normativa pertinente pueden conllevar costos especialmente altos no sólo para los consumidores del producto o servicio en cuestión, sino para la economía en su conjunto.

La articulación con los reguladores sectoriales para conocer las particularidades técnicas y económicas de cada sector, incluyendo la solicitud de opinión sobre cuestiones puntuales, datos y estimaciones, es de gran importancia.

En ese contexto, cabe destacar que una operación de concentración, al reducir en número de operadores en un sector, puede incrementar la asimetría de información y la probabilidad de captura del regulador, deteriorando sus capacidades de regulación.

A continuación, se informa sobre algunos elementos generales a considerar en la evaluación de concentraciones en los sectores de telecomunicaciones, transporte aéreo, energía y servicios financieros. La detección de elementos más específicos requiere la realización previa de estudios de base sobre las condiciones de competencia vigentes en cada sector¹¹⁶.

A. Telecomunicaciones

En sector de telecomunicaciones COPROCOM actúa en forma distinta al de la generalidad de mercados. Aquí existe un régimen particular de concentraciones, establecido por los artículos 56 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones, N° 8642¹¹⁷.

Esta regulación, además de establecer una definición específica de lo que en este sector debe considerarse como concentración (en la misma línea que la de la Ley N° 7472 pero aplicada

¹¹⁶ Cf. Petrecolla, D. (2007) "Estudio sobre la Competencia en el Mercado Eléctrico en El Salvador". Octubre 2006 - Febrero 2007 y Petrecolla, D. (2006) "Estudio sobre Competencia en el Mercado de Combustibles Líquidos en El Salvador", Superintendencia de Competencia de El Salvador/BID.

¹¹⁷ Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 del 4 de junio del 2008.

específicamente a telecomunicaciones)¹¹⁸, señala que cualquier concentración en este sector, independientemente de su magnitud, debe contar con la autorización de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL). Esta entidad, por su parte, deberá considerar además de criterios de competencia, “los intereses de los usuarios”.

De previo a emitir su resolución, la SUTEL debe consultar a COPROCOM su criterio técnico, el cual sí debe versar exclusivamente sobre temas de competencia. La opinión de COPROCOM no es vinculante, pero SUTEL deberá motivar la resolución que se aparte de dicho criterio, la cual requerirá mayoría calificada¹¹⁹. Una vez valorado el criterio de COPROCOM, la SUTEL podrá aprobar, rechazar o condicionar la concentración, en términos similares a los que la Ley N° 7472 establece para COPROCOM. Sin embargo, en este caso las condiciones a imponer pueden ser¹²⁰:

- a. La cesión, el traspaso o la venta de uno o más de sus activos, derechos o acciones mediante el procedimiento de oferta pública que se determine reglamentariamente.
- b. La separación o escisión del operador o proveedor.
- c. La limitación o la restricción de prestar servicios determinados de telecomunicaciones o la limitación del ámbito geográfico en que estos puedan ser prestados.
- d. La limitación o la restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones.
- e. La introducción, eliminación o modificación de alguna de las cláusulas de los contratos suscritos por el operador o proveedor relacionados con la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Un factor determinante en el análisis de estos casos, es el proceso de convergencia que actualmente se observa entre las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y los medios masivos de comunicación. Los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión crecientemente pueden llegar a los usuarios a través de las mismas plataformas y tecnologías.

Desde el punto de vista de la competencia, es crítico abordar el sector de modo integral, considerando todas sus interrelaciones, para lo cual se puede establecer una primera instancia de análisis a nivel de las “comunicaciones electrónicas”, que incluye las líneas de telecomunicaciones de banda ancha (xDSL), la TV digital y protocolo de Internet - IP)¹²¹. Este enfoque cubre todas las formas de comunicaciones por medios electrónicos, ya sean comunicaciones telefónicas (alámbricas y móviles), fax, internet, cable, satélite, etc.

Luego, el desafío es aplicar la metodología de evaluación de efectos anticompetitivos adversos sobre la competencia de las concentraciones económicas a nivel de los distintos mercados relevantes que pueden definirse en el sector.

¹¹⁸ “Entiéndese por concentración la fusión, la adquisición del control accionario, las alianzas 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 operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí.”

¹¹⁹ Ley General de Telecomunicaciones No 8642, artículo 55.

¹²⁰ Ley General de Telecomunicaciones No. 8642, artículo 57.

¹²¹ Comisión Europea, 2002.

En este sector de comunicaciones electrónicas, existe cierta aceleración del cambio tecnológico, acompañado de significativos cambios regulatorios, que indican la necesidad de actualizar permanentemente la definición de los mercados relevantes. Sobre el particular, si bien existe una Resolución de SUTEL que delimita los mercados relevantes¹²², tal definición debe entenderse que es para efectos de las funciones de regulación directa de SUTEL, y para efectos de competencia no deja de ser una guía sin carácter vinculante, por lo que es posible definir el mercado de forma distinta conforme a la realidad fáctica y la interpretación que de esta haga COPROCOM.

En estos mercados, por lo tanto, es particularmente complejo proyectar hacia el futuro tanto cómo evolucionará el sector con la operación autorizada (escenario fáctico) como también con la operación rechazada (escenario contrafáctico), ya que en modo alguno puede asumirse que la situación presente en los mercados continuará.

Algunos elementos a considerar en una operación de concentración que involucre servicios de telecomunicaciones o, más general, de comunicaciones electrónicas, son los siguientes.

- Convergencia de las plataformas tecnológicas de transmisión de los distintos tipos de señales.
- Externalidades de red: utilización de las plataformas por diversas categorías de usuarios.
- Reglas de interconexión y cargos de acceso a las redes fijas y otras facilidades esenciales.
- Utilización (de modo complementario) del criterio de sustituibilidad desde la oferta para definir los mercados relevantes o realizar un tratamiento agregado o conjunto de varios mercados relevantes, en virtud de que la aplicación de la sustituibilidad desde la demanda, arroja extenso abanico de mercados relevantes que impide un análisis integral.
- Necesidad de revisar y actualizar permanentemente las definiciones de mercados relevantes.
- La existencia de diversos grados de concentración vertical, a través de contratos de aprovisionamiento de mediano y largo plazo.
- El impacto de la operación en la capacidad de regulación de la administración.

B. Transporte aéreo

El transporte aéreo es un sector que a nivel global ha sido progresivamente desregulado y abierto a la competencia. En consecuencia, el sector ha experimentado una reestructuración

¹²² Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. “Definición de los Mercados Relevantes y de los Operadores y/o Proveedores Importantes.” RCS-307-2009, a las 15.35 horas del 24 de setiembre de 2009; Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. “Lineamientos para la Definición de Mercados Relevantes, Operadores Importantes y Análisis del Grado de Competencia en los Mercados Relevantes.” RCS-353-2012, a las 12 horas del 21 de noviembre del 2012.

profunda. Han desaparecido algunas grandes empresas emblemáticas y otras han sido adquiridas.

Las empresas líderes han conformado alianzas globales para brindar sus servicios. En las rutas más rentables han aparecido las llamadas aerolíneas de bajo costo, que utilizan aeropuertos con servicios de menor costo.

En la evaluación de operaciones en este sector, la autoridad considerará, entre otras cuestiones, lo siguiente.

- El grado de transparencia en los precios y los términos de las transacciones.
- Diferentes categorías de usuarios, con diferente flexibilidad para elegir sus aeropuertos de origen / destino, conexiones, fechas y horarios de vuelo y días de estadía.
- Existencia de subsidios cruzados entre categorías de usuarios y entre rutas. Discriminación de precios.
- Definir los mercados relevantes según el origen y destino de las rutas, particularmente para los vuelos de corta duración (para los vuelos intercontinentales largos podría ampliarse), con altas barreras económicas y/o legales de entrada.
- Economías de escala, alcance y de red, por lo cual las grandes aerolíneas se organizan en rutas de vuelo radiales, a partir de aeropuertos base (*hub – spoke*), lo cual tiende a generar estructuras oligopólicas en los mercados relevantes
- Asignación de la capacidad disponible en los aeropuertos base para el despegue y aterrizaje de los vuelos, particularmente en los horarios pico.
- Existencia generalizada de acuerdos de colaboración entre competidores a diferentes niveles: IATA (interoperabilidad y sistema de pagos), bilaterales de vuelos compartidos, alianzas globales para la comercialización conjunta de los vuelos y desarrollo de programas de fidelización de clientes.
- Condiciones de competencia en los servicios aeroportuarios.
- Estrategias de fidelización de clientes a través de programas de viajeros frecuentes
- Estrategias de fidelización de agencias de viajes mediante descuentos e incentivos.

C. Mercados energéticos

Algunos de estos mercados están exentos de la aplicación de la normativa de competencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N° 7472. Sin embargo, en las concentraciones de aquellos mercados en los que la Comisión mantenga su competencia, se tomarán en cuenta las siguientes consideraciones.

Los mercados energéticos comprenden tres principales sectores, estrechamente vinculados: petróleo y combustibles líquidos, gas y electricidad, en virtud de que una proporción significativa de la electricidad se genera a partir de gas o combustibles líquidos. A su vez, una proporción del gas se obtiene de la refinación del petróleo.

Otro rasgo singular de este sector es que coexisten mercados desregulados, que operan a escala global, como el sector de petróleo y combustibles líquidos, donde el rol de las importaciones competitivas es crítico, con mercados regulados que operan sobre una base nacional o subnacional, como es el caso del gas y la electricidad, en los cuales el acceso a las redes de transporte y la regulación de diferentes tipos de tarifas son críticos.

Un aspecto que también corresponde tener presente son las regulaciones técnicas relacionadas con la seguridad y el impacto ambiental. Estas regulaciones condicionan la competencia en el sector. La autoridad de competencia debe tener presente no emitir resoluciones que deterioren el marco de seguridad y protección del ambiente en que debe operar el sector.

En los mercados energéticos no sólo se pueden producir concentraciones horizontales y verticales intrasectoriales (dentro de cada sector: petróleo y combustibles líquidos, gas o electricidad), sino también intersectoriales. A su vez, una operación intrasectorial puede tener efectos significativos en otro de los sectores. Estos elementos habitualmente caen fuera de la jurisdicción de los reguladores sectoriales.

Por ello, lo crítico del análisis de las concentraciones económicas que conduce la autoridad de competencia es aplicar un enfoque integral¹²³, atento a los vínculos intersectoriales, que considere en detalle, entre otros, los siguientes elementos:

- la organización industrial intrasectorial de cada sector, que puede presentar estructuras oligopólicas (combustibles líquidos), monopolios regulados (transporte y distribución de gas y electricidad), mercados en competencia regulada (generación de electricidad);
- la diversidad geográfica de las operaciones comerciales, desde un alcance global en el caso del petróleo y los combustibles líquidos (a escala mayorista), hasta un alcance local en el caso de la distribución minorista de combustibles gasolina y otros combustibles líquidos o la distribución domiciliaria de electricidad y gas, pasando por el alcance nacional y subnacional de las operaciones de transporte y distribución troncal de gas y electricidad;
- la existencia de diversos grados de concentración vertical intra e intersectorial, a través de contratos de aprovisionamiento de mediano y largo plazo;

¹²³ Esta temática puede consultarse en detalle, en referencia a la actuación de la autoridad argentina de competencia en Petrecola & Bidart, 2006. “Defensa de la Competencia en mercados energéticos. El enfoque integral de la CNDC”.

- el impacto de la operación en la capacidad de regulación de los reguladores sectoriales.

D. Servicios Financieros

El sector de servicios financieros es estratégico para el funcionamiento de la economía, en virtud de que canaliza el ahorro hacia proyectos de inversión. Debido a fallos de información, en este sector la crisis de una institución financiera importante puede provocar una crisis sistémica. Los reguladores sectoriales aplican las normas destinadas a minimizar este riesgo.

El sector de servicios financieros comprende tres principales sectores: servicios bancarios y sistemas de pago, seguros y mercado de capitales, que pueden estar interrelacionados.

En términos de la regulación, este sector financiero presenta una situación similar a la expresada anteriormente en relación con las telecomunicaciones. Aquí, conforme al artículo 27 bis de la Ley N° 7472, la autorización de concentración debe ser valorada por la superintendencia que corresponda¹²⁴, la cual consultará a COPROCOM de previo a resolver.

En este caso, los términos de la consulta versarán específicamente sobre *“los efectos que dichos procesos de concentración puedan tener sobre el nivel de competencia”*. Esta opinión no será vinculante, pero la Superintendencia deberá motivar lo resuelto en caso de apartarse.

Históricamente prevalecía una visión según la cual la competencia podía tener efectos desestabilizadores en el sector bancario. A nivel internacional, esta visión ha cambiado en la medida en que la aplicación de las normas de Basilea ha mejorado la capacidad de los reguladores sectoriales de prevenir las crisis sistémicas y se ha utilizado con éxito la legislación de competencia para prevenir acuerdos y concentraciones anticompetitivos, lo cual ha derivado en diversos esquemas de cooperación entre los reguladores sectoriales y la autoridad de competencia¹²⁵.

COPROCOM sólo opinará respecto a la posibilidad de que las concentraciones económicas produzcan efectos adversos sobre la competencia en los mercados relevantes que correspondan, de servicios financieros, sin emitir opinión sobre su incidencia en preservación de la estabilidad del sector, lo cual es materia de conocimiento de la Superintendencia respectiva.

En su análisis, COPROCOM considerará, entre otros, los siguientes elementos.

- La existencia de diversos servicios financieros: bancarios (depósitos, préstamos, transferencias, comercio exterior, etc.), sistemas de pago (tarjetas de pago y de crédito, sistemas *on line* de pago), seguros (de vida, de propiedades, de retiro, cauciones, etc.), muchos de los cuales son ofrecidos y demandados en forma conjunta (*bundling* o *tying*).

¹²⁴ Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones o la Superintendencia General de Seguros.

¹²⁵ Cf. OECD, 2009, punto 5.1

- La existencia de diversas categorías de clientes: instituciones y grandes empresas, pequeñas y medianas empresas, individuos.
- Externalidades de red en los sistemas de pago: utilización de las plataformas de pago por diversas categorías de usuarios, empresas, comerciantes y consumidores.
- Clientes que enfrentan altos costos para cambiar de bancos y otros proveedores de servicios financieros.
- Existencia de acuerdos de interconexión de sistemas de pago y de cooperación entre compañías de seguros para la evaluación de riesgos y otros acuerdos relacionados con la operación del sector.
- El impacto de la operación en la capacidad de regulación del regulador sectorial.

ANEXO 2. FLUJOGRAMA DEL PROCEDIMIENTO DE CONCENTRACIONES

