

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)14

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

16-Mar-2017

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)  
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA  
Sesión II: Control de fusiones en America Latina y el Caribe - Evolucion y tendencias recientes**

-- Contribución de Costa Rica --

**4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua**

*Se hace circular el documento adjunto elaborado por Costa Rica (COPROCOM) PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.*

Contacto: Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE [Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)]

**JT03410834**

Complete document available on OLIS in its original format

*This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.*

DAF/COMP/LACF(2017)14  
Unclassified

Spanish - Or. English

# FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia  
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

## Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe - Evolución y tendencias recientes

\*\*\*

### NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL OBLIGATORIO DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS EN COSTA RICA

#### -- CONTRIBUCIÓN DE COSTA RICA (COPROCOM) --

1. El Control Obligatorio de Concentraciones Económicas se inició en Costa Rica a partir del año 2012, cuando se promovió la última reforma parcial a la Ley de Promoción de la Competencia y la Defensa Efectiva del Consumidor, Ley No. 7472. Es así como todos los agentes económicos deberán notificar a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), todas aquellas transacciones que involucren la participación de dos empresas que tengan operaciones con incidencia en el territorio nacional, y que además cumplan con los umbrales de notificación establecidos en el artículo 16(bis), en función del valor de los activos productivos o de los ingresos totales que poseen los agentes.

2. Es importante rescatar que resultado de la última reforma parcial de la Ley de Competencia Costarricense, se incorporaron cambios sustanciales respecto a la tutela que ofrece nuestra legislación, dado que antes del año 2012 solo procedía la notificación voluntaria y ex-post, lo que a todas luces complicaba la función desempeñada por el órgano.

#### 1. Sobre el procedimiento y análisis de las concentraciones

3. El procedimiento de control de concentraciones inicia con la notificación de la transacción ante la COPROCOM, de forma previa a la realización del negocio o en el plazo de los cinco días hábiles posteriores a la fecha de suscripción del acuerdo. Tanto la Comisión como la Unidad Técnica de Apoyo, podrán solicitar información a las empresas gestionantes, cuyo conocimiento es fundamental para el análisis de la operación, el mercado, los agentes involucrados, competidores y cualquier otra información que se considere relevante según la fundamentación técnica y legal.

4. Una vez recibida la notificación, se cuenta con un plazo de 10 días naturales según lo señalado en el artículo 16(ter), para solicitar información a los agentes involucrados en el negocio. Esto en aquellos casos en que la información proporcionada sea omisa o incompleta.

5. Para iniciar el trámite de concentraciones es necesario valorar la definición de concentración establecida en el artículo 16 de la Ley No. 7472, y determinar la modalidad del negocio que podría contemplar el trámite. Esto visto como la pluralidad de figuras jurídicas que podrían estar incluidas en el concepto de negocio y de la actividad comercial que desarrollan los agentes económicos en el mercado. Por lo que se debe determinar si se trata de una operación de concentración horizontal, vertical o de conglomerado y valorar por separado la naturaleza de la transacción en caso de que involucre más de un aspecto.

6. Sin embargo hay dos conceptos principales para determinar si se está en presencia de una concentración en los términos de la norma, entre estos: 1) independencia de los agentes económicos que se pretenden concentrar y 2) la adquisición de control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más competidores, que implique un cambio estable en la estructura de control de una empresa.

7. Como parte del procedimiento, las empresas gestionantes deberán publicar en un diario de circulación nacional una descripción breve de la concentración bajo estudio. Lo anterior, es de suma relevancia por cuanto con ese comunicado podría suceder que aquellos terceros que consideren que la transacción es perjudicial en algún sentido para el mercado podrían presentar sus justificaciones para que sean valoradas durante la tramitación.

8. Una vez que se cuenta con toda la información necesaria para examinar la concentración, la Autoridad contará con un plazo de 30 días naturales para resolver, sin embargo, en aquellos casos cuya naturaleza es compleja, se podrá solicitar la ampliación del plazo hasta en 60 días, lo que se concederá solamente una vez y se adicionará al plazo de los 30 días iniciales.

9. Como se indicó líneas atrás, es de suma relevancia contar con toda la información necesaria para realizar el examen de la concentración, de forma tal que el artículo 16 (ter) establece la información que debe contener una solicitud de autorización, señalando: descripción de la transacción, identificación de todos los agentes económicos involucrados, los estados financieros auditados de los últimos tres periodos, descripción de los mercados relevantes afectados y sus competidores, participaciones de mercado, la justificación económica, barreras de entrada para la distribución y comercialización, entre otros datos cuyo conocimiento es fundamental para autorizar o denegar la concentración.

10. En aquellos casos en que un agente económico omita la notificación de una concentración que debía ser conocida por la COPROCOM, esta Autoridad podrá investigar de oficio y aplicar las sanciones correspondientes por la omisión de notificar la concentración y en caso de que la operación tenga efectos anticompetitivos para el mercado también se aplicará la multa respectiva.

## **2. Aspectos contemplados en el Análisis de Concentraciones, Instrumentos legales y económicos para medir los efectos de la operación.**

11. Para iniciar el examen de valoración de una transacción, se debe identificar de qué tipo de operación se trata, si obedece a una concentración horizontal, vertical o de conglomerado, y una vez que se tiene claro este concepto, es necesario definir y delimitar los mercados relevantes involucrados en la operación, identificar los participantes y establecer cuotas de mercado así como designar el grado de concentración de cada uno de los mercados identificados. No obstante, lo fundamental es determinar cuáles podrían ser los efectos en caso de que se autorice una concentración.

12. Seguidamente, se identifican las prácticas unilaterales y coordinadas que puedan surgir de la concentración así como aquellas conductas anticompetitivas que podrían originarse como resultado de la transacción. Además, es necesario reconocer aquellas restricciones que podrían disciplinar el ejercicio de

prácticas unilaterales y coordinadas como la existencia de compradores poderosos o la entrada de posibles competidores.

13. Como parte del estudio, es necesario considerar las eficiencias de la operación y si los activos adquiridos podrían salir del mercado en caso de que no se autorice la concentración. En el caso de aquellas concentraciones económicas con la posibilidad de crear, potenciar o consolidar poder de mercado desde el lado de la demanda, la metodología se aplica por analogía.<sup>1</sup>

14. Conforme a lo señalado en la normativa para proceder con el trámite de notificación de una operación esta debe contener los siguientes elementos:

- Es necesario que se de entre dos o más agentes económicos independientes entre sí, sean o no competidores.
- Que al menos dos de los agentes económicos participantes tengan operaciones con incidencia en Costa Rica.
- Que implique la transferencia en el control de uno o más de ellos, ya sea mediante la adquisición de control de uno sobre los demás o en la formación de un nuevo agente económico.
- Que la operación se realice con carácter permanente o con intención de permanencia.
- Que la suma de todos los activos de los agentes económicos cumplan con los umbrales de notificación señalados en el 16 (bis) y en el 39 del reglamento número 37899-MEIC.

15. Asimismo, es fundamental evaluar el mercado relevante que involucra la operación mediante una valoración profunda de los competidores de las empresas que se concentran y poner en evidencia los posibles efectos adversos que podría provocar la concentración a la competencia. Con el estudio del mercado relevante se puede determinar si con la operación de concentración se podrían afectar las posibilidades de aprovisionamiento o el consumo de ciertos bienes para los clientes y los consumidores y a la vez identificar cuáles podrían ser oferentes actuales o potenciales, analizando sus participaciones en el mercado y cuál podría ser el grado de concentración.

16. La aplicación práctica de la definición del mercado relevante contempla los criterios de sustituibilidad de desde el punto de vista de la demanda y la oferta. Lo anterior reflejado mediante la posibilidad de que un cliente o consumidor reemplace el producto por otro ante un eventual aumento de precio o cualquier otro deterioro en torno a la oferta disponible. Asimismo, se valoran las reacciones que podrían tener las empresas que no ofrecen productos de los incluidos en el mercado relevante ante un aumento de precios o ante un cambio significativo en las condiciones de la oferta. También se analiza la competencia potencial.

17. Ahora bien, en el estudio de la concentración, se incorpora un enfoque que corresponde al mercado relevante del producto, lo que implica la determinación del conjunto de todos los productos que podrían ser vistos como sustitutos por parte del consumidor. Lo anterior se aplica pro medio del “test del monopolista hipotético “conocido como el “SSNIP test”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ver guía para el análisis de concentraciones de la Comisión para Promover la Competencia

<sup>2</sup> Small but significant non-transitory increase in Price test (SSNIP test)

18. En general para este test lo que se considera es si un aumento pequeño pero significativo y no transitorio de precios entre el 5% y 10% por un lapso de un año, podría incidir o re-direccionar demanda respecto a ciertos productos de las empresas por concentrarse. Esa redirección de la venta de ciertos productos, debería incluirse en la definición de mercado relevante y podría considerarse como “sustitutos cercanos”.

19. Este ejercicio se inicia con el portafolio de productos de las empresas que se concentran y se continúa con el ejercicio, incluyendo y sacando productos, con el fin de comprobar hasta qué punto podrían incidir las políticas de fijación de precios de las empresas por concentrarse. Esta herramienta se utiliza como una orientación de posibles productos sustitutos y cercanos para efectos de identificar el mercado geográfico relevante sea este local, regional o internacional.

20. En el análisis de concentraciones económicas se involucran otros aspectos y dimensiones para considerar la conceptualización de mercado relevante, determinando cuales son los participantes del mercado vistos como las empresas que obtienen ingresos en el país, ampliando la valoración a los “entrantes rápidos”, luego se valoran las participaciones de mercado y el grado de concentración, para esta última se utiliza el Índice de Herfindahl e Hirschman (HHI) para determinar el nivel y la variación de la concentración de la oferta del producto de la operación según los valores de referencia emitidos por los lineamientos estadounidenses del US Federal Trade Commission y el US Department of Justice.

21. En resumen, durante el análisis de la operación, el órgano tomará en consideración todos los indicadores señalados y otros asociados a los efectos anticompetitivos como en el caso de las concentraciones verticales (exclusión de acceso a insumos, a clientes, efectos coordinados, concentraciones diagonales) y en el caso de las concentraciones de conglomerado, cuya valoración se dirige a determinar si con la negociación se da exclusión de competidores por medio de ventas atadas o ventas en paquete o a través de efectos de cartera junto o otros aspectos (barreras a la entrada, capacidad compensatoria de los compradores vigorosos, reducciones de costos, ganancia de eficiencia, firmas en crisis, y así otros aspectos unidos a los criterios de juicio que debe tener al Autoridad ajustados a las razonabilidad y eficiencia para tomar la decisión final sin afectar el mercado.

### **3. Sobre la Imposición de remedios estructurales o de comportamiento, y los retos para su aplicación**

22. Durante el proceso de análisis de los efectos de las concentraciones, la Autoridad tiene la potestad de condicionar la operación y restringir su autorización al cumplimiento de los remedios que pueda imponer sean estos de estructura o de comportamiento, con el objetivo de reducir o contrarrestar los efectos anticompetitivos provocados por la operación.

23. De acuerdo con lo señalado en el artículo 16 punto 1) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, serán aprobadas por la Autoridad de Competencia las concentraciones que no tengan como objeto o efecto : a) adquirir o aumentar el poder sustancial de forma significativa y que 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 libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

24. Ante el estudio de una concentración con efectos anticompetitivos, los agentes económicos relacionados con la transacción podrán presentar una propuesta de condiciones desde el momento en que notifican la operación y de no ser así se les concederá un plazo para que ofrezcan los compromisos. La imposición de los remedios puede corresponder a uno o varias condiciones temporales, entre estas se encuentran: a) La cesión, el traspaso, la licencia o la venta de uno o más de los activos, derechos, acciones, sistemas de distribución o servicio 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 puedan 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.

25. Asimismo, la Comisión podrá establecer cualquier otra condición estructural o de conducta que considere necesaria para impedir, disminuir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la operación. Dichas condiciones deben responder a la proporcionalidad y razonabilidad de los efectos anticompetitivos que se pretende corregir, por cuanto se trata de la contrarrestar aquellos efectos que podrían dañar el mercado. Es importante tener claro que no se trata de establecer medidas regulatorias, para obligar a las empresas a mejorar las condiciones de competencia.

26. Las medidas que se dicten deberán obedecer a los criterios de proporcionalidad, efectividad, eficacia, oportunidad por cuanto los agentes asumirán la obligación de cumplir los compromisos asumidos.

27. Es importante rescatar que ante la aplicación de una medida estructural, el compromiso va dirigido desde vender la totalidad del negocio hasta la desinversión de activos y otras actividades a favor de terceros competidores o nuevos agentes participantes en el mercado, de ahí que se considera su aplicación alto riesgo, en el sentido de que la Autoridad debe resguardar a través de esquema o sistemas especiales un plan o control que nos asegure el cumplimiento total de las medidas impuestas, mediante la comprobación real y efectiva de que la empresa ha tratado de hacer su mayor esfuerzo o todo lo posible por cumplir con la obligación.

28. Actualmente, contar con un sistema controlé y fiscalice que los compromisos de venta de un negocio o la cesión de alguna licencia de derechos entre otros compromisos, para que cumplan efectivamente, y que no exista una posición distinta a la impuesta por la Comisión, forman parte del un reto prioritario de este órgano, por cuanto es necesario asegurar la revisión de las concentraciones y en especial que se cumpla efectivamente con el régimen de control de concentraciones en su totalidad, asegurando la materialización eficiente de los remedios impuestos. Un ejemplo corresponde a obligar a una empresa a vender un activo particular y que se pueda demostrar a través de un plan de revisión con plazos establecidos, que las empresas realizaron los mayores esfuerzos para ejecutar la venta pero en caso de que esta fallará las causas responden a factores externos fuera de su control, para lo cual la Autoridad podrá constatar que el agente realizó con empeño las gestiones pertinentes para cumplir con la condición.

#### **4. La Coordinación con otras Autoridades de Competencia respecto concentraciones revisadas fuera del territorio nacional y la influencia de las decisiones tomadas por otras Autoridades fuera de Costa Rica**

29. La Autoridad de Competencia Costarricense considera que es fundamental mantener un canal de comunicación con las distintas agencias de competencia del mundo respecto a la posibilidad de conocer sobre aquellas concentraciones que podrían originar ciertos efectos o incidir de alguna forma en el mercado costarricense. Es importante para lograr los mejores resultados de esta coordinación tener claro que Costa Rica es un país pequeño con una economía abierta, lo que existe un alto grado de probabilidad de que un grupo importante de transacciones repercutan a nivel interno.

30. Para lograr una aplicación efectiva de las leyes de competencia en aquellos casos en que se autorice una transacción a nivel internacional y la agencia costarricense pueda ejercer su tutela de alguna manera para mitigar algunos efectos restrictivos y hasta perjudiciales para el mercado, es necesario que al menos uno de los agentes relacionados con el negocio tenga alguna representación formal en el país. Lo anterior por cuanto la legislación costarricense no se podría aplicar más allá de las fronteras nacionales y

por otro lado, se requiere de una figura legalmente constituida para proceder con la apertura de una investigación y lograr aplicar las sanciones respectivas de ser necesario.

31. Actualmente esta agencia no ha tenido que valorar ninguna operación cuyos efectos estén asociados a los resultados de una transacción aprobada en otro ordenamiento y con efectos anticompetitivos para el país, sin embargo, si hemos estudiado algunos casos que involucran operaciones internacionales cuya conocimiento se da a conocer a través de medios de comunicación pública concretamente noticias de operaciones importantes que de alguna manera si tiene alguna representación en Costa Rica. Por ello, se investiga y en ocasiones se contacta a los funcionarios encargados de otras agencias de competencia para que nos faciliten datos e información cuya divulgación no es restrictiva, más que todo se entablan conversaciones informales para conocer generalidades de la operación y si nos podrían afectar.

32. Además, es fundamental para el ordenamiento que se aproveche la figura del intercambio de información con otras agencias de competencia para valoración de operaciones, sin embargo, el ejercicio de esta facultad debe garantizar las normas establecidas en el ordenamiento en cuanto al origen de la información y la posibilidad de intercambio con otras Autoridades.

33. Ante el análisis de las operaciones que se dan en otras legislaciones, lo más importante es tener claro si los efectos se van a reflejar en el mercado costarricense y de qué manera se podrían contrarrestar estos efectos y en caso de que operen remedios de estructura y de comportamiento, es fundamental tener claro el escenario y cuáles son los alcances normativos para hacer efectiva el control de la operación. Otro aspecto fundamental remite a la representación que debe tener alguna de las partes involucradas en el negocio en nuestro ordenamiento, por cuanto si no hay representación no es factible interponer ninguna gestión formal para contrarrestar la concentración.

34. Para concluir, entre otras posibilidades de mitigar los efectos ante la falta de representación de las empresas, podría suceder que a través de medida de política pública o estrategia nacional se establezcan mejoras sensibles de competitividad para que la empresas nacionales puedan competir logrando así mitigar los efectos perjudiciales de una operación y de alguna manera se podrían evitar posibles distorsiones en el mercado.

35. Sin embargo, si las opciones mencionadas anteriormente no solventan el problema y más bien se podría recurrir a un mecanismo excepcional como es la regulación de precios, pero como última alternativa.