

GUÍA DE NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES



Julio 2022

CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN	5
	A. Combinaciones de empresas, sus capitales, sus activos, o una parte sustancial de los mismos.....	6
	1. Fusiones	6
	2. Adquisiciones de capital	7
	3. Adquisiciones de activos.....	8
	4. Alianzas estratégicas (<i>joint ventures</i>)	8
	5. Otros actos de concentración.....	10
	B. Participantes de la transacción.....	13
	1. Operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones	13
	2. Agentes económicos y grupos de interés económico	13
	3. Partes de la transacción.....	14
	C. Adquisición de control económico.....	14
	D. Carácter duradero	18
	E. Transacciones que no son concentraciones.....	19
III.	CONCENTRACIONES QUE DEBEN NOTIFICARSE	21
	A. Incidencia local.....	21
	B. Excepciones al deber de notificación.....	23
IV.	NOTIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN	25
	A. Sujetos obligados a presentar la notificación	25
	B. Plazo para notificar	26
	C. Efecto suspensivo de la notificación y sus excepciones.....	26
	D. Formalidades de la solicitud.....	27
	E. Información y documentos que acompañan la solicitud	28
V.	TRÁMITE DE LA SOLICITUD.....	33
	A. Trámite de primera fase	33
	B. Trámite de segunda fase.....	34
	C. Otros temas procedimentales	38
	1. Confidencialidad de la información.....	38
	2. Reuniones de trabajo.....	38
	3. Dispensa de aportar información.....	39
	4. Participación de terceros y acceso al expediente	39
	5. Desistimiento	40
	D. Resolución de fondo de segunda etapa	40
	E. Excepción de empresa en crisis.....	41
	F. Archivo de la solicitud	41
	G. Consulta previa a COPROCOM.....	42
	H. Publicación de las resoluciones	42
	I. Colaboración con otras autoridades.....	42
	J. Infracciones y sanciones.....	43
	K. "Gun Jumping"	43
VI.	Referencias	46
	ANEXO UNO: FORMULARIO DE NOTIFICACIÓN.....	49

Tabla de Abreviaturas

"SUTEL", "La Superintendencia", "la Autoridad"	Superintendencia de Telecomunicaciones
"COPROCOM"	Comisión para Promover la Competencia
Ley 9736	Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica
Ley 8642	Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones
Ley 7472	Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor
Leyes de Competencia	En conjunto, la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica y las normas de competencia contenidas en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.
Reglamento a la Ley 7472	Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC, Reglamento a la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor
Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736	Decreto Ejecutivo N° 43305-MEIC, Reglamento a la Ley 9736, Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.

I. INTRODUCCIÓN

En línea con las tendencias internacionales, las leyes que protegen la competencia en el país requieren que ciertas transacciones sean autorizadas por la Autoridad de Competencia. La Ley 8642 introdujo por primera vez el control de concentraciones por parte de SUTEL en el sector de telecomunicaciones. Posteriormente, en año 2012 se realizó una reforma a la Ley 7472 que estableció el control de concentraciones por parte de COPROCOM para el resto de las actividades económicas.

En el año 2019 la Ley 9736 modificó sustancialmente el procedimiento de control de concentraciones. Los principales cambios que introdujo esta Ley, para el caso de la SUTEL, se relacionan con un nuevo procedimiento de control de concentraciones, pasando a un procedimiento en dos etapas, similar al de otras jurisdicciones; un nuevo estándar sustantivo para el análisis de la transacción basado en sus efectos sobre el mercado; y la creación de nuevas infracciones y sanciones por violación de las normas relacionadas con la notificación.

El control de concentraciones impone costos a los agentes económicos, en la medida que impide la eficacia o materialización de las operaciones sometidas a revisión hasta que no sean aprobadas por la Autoridad, requiere una recopilación sustancial de información a cargo de las empresas, y les sujeta a multas elevadas por incumplimiento del procedimiento de notificación. Por otro lado, compromete también recursos públicos importantes destinados a revisión de las transacciones.

Consecuentemente, la obligación de notificar una concentración debe ser definida a partir de criterios claros y objetivos, a fin de delimitar con precisión las operaciones que deben ser sujetas al control previo de SUTEL, y dar claridad al procedimiento que se seguirá en su análisis y valoración. En este contexto se emite esta Guía de Notificación de Concentraciones ante la SUTEL, para promover transparencia, predictibilidad y seguridad jurídica en relación con la aplicación de las reglas que rigen la materia.

Esta Guía analiza los distintos elementos que configuran una concentración; indica los supuestos en los cuales debe ser notificadas a la SUTEL; establece los requisitos y documentación que debe contener la solicitud que se presente y el trámite que realiza la Autoridad para su análisis.

Con esto, la Guía tiene como propósito no solo orientar a los agentes económicos, sino también dar seguridad jurídica al procedimiento de notificación, presentando criterios claros y predecibles para distinguir aquellas transacciones que configuran una concentración notificable de las que no, disminuyendo los costos de las transacciones, facilitando la integración lícita entre los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, y promoviendo la aplicación y cumplimiento de la Ley.¹ Lo anterior, haciendo la salvedad de que no tiene como propósito agotar todos los casos posibles ni sustituir la asesoría jurídica de quienes intervengan en una transacción.

¹ El cumplimiento de los elementos contenidos en esta Guía no exime a los agentes económicos de su deber de notificar ante la COPROCOM aquellas operaciones de concentración que correspondan según los criterios establecidos en la Ley 9736.

II. DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN

El concepto de concentración económica se describe en el artículo 56 de la Ley 8642^{2 3}. En lo que interesa para los procedimientos llevados a cabo ante la SUTEL, una concentración es cualquier acto o contrato que tenga como objeto o efecto la integración de dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones previamente independientes entre sí (o de una parte relevante de estos), realizada de forma duradera o con fines de permanencia, y que implique un cambio duradero de control de uno o más de ellos.

De lo anterior se desprende que una transacción será una concentración sujeta de control previo si concurren los siguientes elementos:

1. Combinación de dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, sus capitales, sus activos, o una parte sustancial de los mismos.
2. Se realiza entre dos o más agentes económicos independientes entre sí, competidores o no (donde al menos dos de los participantes de la transacción son operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, aunque adicionalmente podrían participar otros agentes económicos que no tengan tal condición).
3. Implica una transferencia o modificación de control de uno o más de los agentes económicos, sea mediante la adquisición de control de uno sobre los demás o en la formación de un nuevo agente económico.
4. Se realiza con carácter duradero, o con intención de serlo.

En las siguientes secciones se analizarán cada uno de estos elementos.

² De conformidad con el párrafo primero del este artículo, "Se entiende por concentración la fusión, la adquisición, la compraventa del establecimiento mercantil, la alianza estratégica o cualquier otro acto o contrato, en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección o los activos en general; que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, que han sido independientes entre sí y que resulten en la adquisición duradera del control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo operador o proveedor de telecomunicaciones bajo el control conjunto de dos o más operadores o proveedores de telecomunicaciones, así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada, adquiera el control de dos o más operadores o proveedores de telecomunicaciones independientes entre sí".

³ El artículo 89 de la Ley 9736 que establece las concentraciones sujetas a control previo dispone: "En el caso de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), requerirán notificación previa todas las concentraciones del mercado de las telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos."

A. Combinaciones de empresas, sus capitales, sus activos, o una parte sustancial de los mismos

Según se indicó, la definición de concentración del artículo 56 de la Ley 8642, implica la existencia de una transacción mediante la cual *“se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección o los activos en general”* de dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí, donde al menos dos de ellos sean operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Una transacción sujeta del control previo de concentraciones puede ser de distintas modalidades (“fusión, la adquisición, la compraventa del establecimiento mercantil, la alianza estratégica o cualquier otro acto o contrato”), prevaleciendo la sustancia del acto por encima de las formas. De ahí que la mención de algunos de estos tipos de transacción debe entenderse solamente como indicativa y no exhaustiva.

Entre los distintos tipos de transacción que satisfacen esta definición, dicho artículo menciona expresamente los siguientes:

1. Fusiones

De conformidad con el Código de Comercio (Art. 220) habrá una fusión de sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola. La fusión será “por absorción” cuando una de las sociedades existentes integra a su patrimonio a las demás, cuya personería desaparece. En las fusiones “por integración” las sociedades constituyentes dejarán de existir para crear una nueva.

Usualmente, las fusiones suponen una forma de disolución jurídica sin liquidación de la sociedad, en virtud de que la sociedad que subsiste o la que resulte de la fusión se convierte en la nueva titular de los derechos y obligaciones de las fusionadas.

Para efectos del control de concentraciones, es posible también aplicar este concepto por analogía a cualquier integración similar entre agentes económicos organizados de una forma distinta a la de las sociedades, ya que lo que interesa es verificar si existe una combinación de dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí.

Adicionalmente, dada la irrelevancia de las formas para el derecho de competencia nacional, pueden existir fusiones de hecho, en las que, a pesar de no producirse a nivel jurídico, la combinación de los agentes independientes resulta la creación de una unidad económica, basada en relaciones de control de facto entre sí (Comisión Europea, 2008). Eso significa que, aunque las entidades mantengan su autonomía jurídica, pierden total o parcialmente su autonomía económica, en la medida que están sometidas a un control unitario o compartido (Frazão, 2015).

Ejemplos de lo anterior pueden ocurrir cuando dos o más agentes económicos independientes establecen mediante contrato una gestión económica conjunta, o una estructura de compañía de doble cotización⁴. Lo esencial para determinar una integración de facto es la existencia de una gestión económica única y permanente, mediante la cual se compartan las ganancias (o se distribuyan los ingresos), y se asignen las pérdidas y responsabilidades entre las distintas entidades participantes. En este sentido, aunque las empresas mantengan su personalidad jurídica, elementos como participaciones cruzadas de capital, consolidación de cuentas, compensación interna de ganancias y pérdidas entre las empresas relacionadas, distribución de ingresos entre ellas, existencia de directores comunes, responsabilidad solidaria o división de riesgos externos entre los participantes de una transacción son indicativos de formación de una unidad económica, y, consecuentemente, de una fusión de hecho. (Comisión Europea, 2008, pág. 5)

2. Adquisiciones de capital

Las adquisiciones de capital son una forma usual de adquirir control de un agente económico. Esta adquisición se puede dar mediante el traspaso de acciones, cuotas u otros títulos de participación en el capital. También es posible adquirir participaciones en el capital social de una empresa por medios indirectos, como por ejemplo la adquisición de cualquier tipo de derecho patrimonial cuantificable que forme parte de este.

Tal y como se verá más adelante, el criterio que define la existencia de una concentración es la transferencia de control sobre la entidad adquirida o la resultante (según sea el caso). Por ello, las adquisiciones o inversiones en el capital de un agente económico constituyen una concentración en la medida en que sean una forma de modificación del control sobre éste.

Una adquisición de control por medio de la compra de acciones, normalmente, se presume cuando el comprador adquiere la mayoría del capital de la empresa objetivo, es decir, una participación igual o superior al 50% de la empresa, adquiriendo, así, derechos de voto que le permiten determinar la conformación del directorio, la gestión y dirección comercial de la empresa objetivo. (ICN, 2007, pág. 2). Sin embargo, tal y como se verá más adelante, existen algunos supuestos en los cuales una adquisición de participaciones minoritarias podría ser también formas de concentración. Dado lo anterior, lo más importante no es el porcentaje de capital que se pretende adquirir, sino si dicha adquisición permitirá al adquirente - solo o en conjunto con otros accionistas - ejercer control sobre la empresa objetivo.

Por su parte, una opción de compra de acciones no constituye una concentración, ni siquiera cuando involucre la mayoría del capital, hasta tanto no se ejerza la opción, o el optante no pueda de otra forma ejercer sus derechos como accionista (Comisión Europea, 2008).

⁴ Una compañía de doble cotización (*double listed company*), es un esquema en el cual sus participantes funcionan como una sola empresa, pero conservan entidades legales separadas. Las compañías miembros mantienen órganos y accionistas formalmente separados, pero acuerdan compartir todos los riesgos y recompensas de la propiedad de todos sus negocios operativos en una proporción determinada, mediante un "acuerdo de compensación".

3. Adquisiciones de activos

La transferencia de activos es una modalidad de concentración, particularmente si los bienes transferidos son todos o una parte sustancial de los activos de una empresa⁵. En algunos casos, podría también existir una concentración si los activos traspasados constituyen solamente una parte de una empresa (Comisión Europea, 2008).

Aquí, la determinación de si estamos o no ante una concentración dependerá de si los activos adquiridos tienen en su conjunto significancia económica suficiente que permita atribuirles un volumen de negocios (ICN, 2007). Esto puede darse en casos en que los activos traspasados pueden considerarse en su conjunto como una “empresa” o “unidad de negocio”.

En estos casos, la venta de un grupo de activos o de una parte de la empresa se considerará una concentración independientemente de si, con posterioridad a la transacción, este grupo de activos operarán de forma autónoma o se integrarán con otras actividades del comprador.

Existen también algunos casos en los que los activos traspasados son insuficientes para operar de forma autónoma pero aun así se les puede atribuir capacidad de generar ventas y, en consecuencia, su traspaso podría ser una concentración. Esto se da, por ejemplo, si se traspasa una base suficiente de clientes; un grupo de activos inmateriales (como marcas, patentes o derechos de autor); u otros; siempre que se les pueda asignar de forma clara y directa un volumen de negocios o ingresos (Autorité de la Concurrence, 2020).

4. Alianzas estratégicas (*joint ventures*)

Las alianzas estratégicas (también llamadas *joint ventures*, o cuentas en participación) son negocios realizados entre dos o más agentes económicos que les permiten desarrollar objetivos en común sin comprometer su independencia jurídica y económica. Se trata de una modalidad jurídica híbrida que abarca formas de concentración y cooperación (COFECE, 2020). Este tipo de alianzas pueden ser de dos tipos: cooperativas o concentrativas.

Las alianzas cooperativas son esquemas de cooperación generalmente temporales en los que las partes mantienen su independencia de funciones, no existe ningún grado de integración ni control conjunto, y realizan de forma coordinada funciones accesorias o auxiliares con relación a cada una de las partes del acuerdo. Este tipo de alianzas no son concentraciones económicas, por lo que para los efectos de las leyes de competencia se evalúan conforme a las reglas que rigen los acuerdos, ya sea entre competidores o entre no-competidores según sea el caso (ICN, 2007).

⁵ Algunos de estos traspasos de activos deben seguir el procedimiento previsto en los artículos 478 y siguientes del Código de Comercio para las compraventas de establecimientos mercantiles. Esta situación, conforme al artículo 90 de la Ley 9736, es independiente al control de concentraciones.

Por su parte, las alianzas concentrativas, también llamadas de "funciones plenas", son alianzas empresariales creadas con intención de permanencia y que realizan por sí mismas todas las funciones de un agente económico independiente y con una toma de decisiones autónoma a la de sus partes, disponiendo de una dirección dedicada a las operaciones diarias y de acceso a recursos humanos, financieros y activos para desarrollar una actividad de forma plena, sea con personería jurídica propia o no. Esta modalidad de *joint venture* sí constituye una concentración, por lo que es analizada como tal.

El principal criterio para distinguir entre los *joint venture* cooperativos y concentrativos es de funcionalidad, esto es que el negocio tenga un carácter permanente. En este caso la noción de influencia decisiva o control pierde relevancia, ya que estamos ante el caso previsto en la ley de: "...formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más agentes económicos."

Los siguientes son elementos característicos de un *joint venture* concentrativo, o de plenas funciones, para efectos del control de concentraciones:

- a. Control común:** El negocio está bajo el control común de las partes que lo crean. Esto no necesariamente significa que todas las partes deben tener iguales derechos de voto ni iguales participaciones, pero sí implica que su operación no sea controlado o determinado por una sola de las partes (Goyder, 1998).
- b. Estructura organizativa y recursos suficientes:** El negocio debe disponer de una dirección dedicada a las operaciones diarias y contar con recursos suficientes que le permita realizar una actividad comercial, como empleados, recursos financieros, activos. Es decir, debe contar con una estructura propia que le permita atribuir responsabilidades y riesgos. (Comisión Europea, 2008)
- c. Duración:** El negocio se realiza con intención de permanencia, o con una duración lo suficientemente extensa como para producir un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas o en la estructura del mercado. Lo anterior, independientemente de si posteriormente llega a fracasar o es disuelta después de un tiempo, o si el acuerdo prevé la disolución del *joint venture* en determinadas circunstancias. No se considera que una alianza estratégica tendrá intención de permanencia si su duración se acuerda por un plazo determinado y breve⁶, o si se crea únicamente para un proyecto concreto, con su disolución una vez finalizado el mismo (Comisión Europea, 1998). Sin embargo, si el proyecto para el cual fue adjudicada la alianza operará como un agente económico en el mercado (como

⁶ La determinación de si un *joint venture* tiene una duración suficiente para considerarse permanente o con intención de permanencia se hará siempre caso por caso, atendiendo las circunstancias particulares de la transacción para interpretar la intención de las partes y la posibilidad de la transacción de generar un cambio duradero en las empresas que forman parte de ella o en la estructura del mercado. A modo de referencia, la jurisprudencia de la Unión Europea (en casos específicos y sin dictar lineamientos generales) ha considerado como suficientes para ser considerados como permanentes acuerdos con una duración de 8, 10 y 12 años, y de breve duración otros menores a 3 años. Lo anterior, siempre y cuando no involucre la adquisición de activos o de acciones, ya que estas últimas se consideran como permanentes (o duraderas) salvo por las excepciones previstas en la normativa. (Comisión Europea, 2008)

por ejemplo en el contexto de un proyecto tipo "Construcción, Operación y Traspaso", conocidos como BOT, por sus siglas en inglés) podría eventualmente considerarse como un *joint venture* concentrativo, no obstante haberse creado para ese único proyecto.

- d. Función plena:** el negocio debe tener una actuación autónoma en el mercado, no sirviendo a los propósitos exclusivos de las partes que lo conforman. Una empresa en participación no constituirá una concentración si asume únicamente una función concreta dentro de las actividades comerciales de las empresas matrices o que dependa significativamente de ellas, sin tener acceso o presencia propia en el mercado. En este caso, la empresa en participación será exclusivamente auxiliar respecto de las actividades de las matrices y, consecuentemente, no será una concentración. (Comisión Europea, 2008)

No se considerará como concentrativa la alianza o *joint venture* que actúa como un mero vehículo para facilitar la coordinación entre sus socios (o entre estos y el *joint venture* propiamente). Por ejemplo, acuerdos por medio de los cuales el *joint venture* consolida las compras de sus miembros para obtener mejores condiciones, o asume algunas funciones específicas de promoción y ventas. En estos casos, el acuerdo se analizará, al igual que los *joint ventures* cooperativos, bajo las reglas del Derecho de la Competencia aplicables a los acuerdos entre agentes económicos, para determinar si el mismo infringe o no las Leyes de Competencia.

Para efectos de determinar si los acuerdos de colaboración constituyen o no una concentración, las partes deberán analizar, según sus alcances y efectos, si los elementos referidos anteriormente están presentes. De concluirse que están en presencia de un *joint venture* concentrativo que debe ser notificado, deberán aportar a la Autoridad todos los antecedentes que hayan utilizado en dicho análisis.

5. Otros actos de concentración

Según se indicó, el criterio decisor de si existe una concentración no radica en la forma adoptada por sus participantes sino en la sustancia de la transacción. Lo anterior en atención al principio de irrelevancia de las formas, según el cual siempre que una transacción resulta en la constitución duradera de un ente económico autónomo y distinto a aquél preexistente, tal operación debe ser considerada una concentración, independientemente de la forma jurídica utilizada para llegar a tal resultado (Hovenkamp, 1999).

En este sentido, la definición de concentración incluye actos que no significan necesariamente la obtención del control vía accionaria o la transmisión de activos o acciones, pero que tienen efectos análogos. De ahí que, según la Ley, cualquier acto o sucesión de actos que resulte la integración de sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos y que resulten en un cambio de control duradero o en la formación de nueva unidad económica, pueden calificar como concentración.

Seguidamente se detallan, de forma no exhaustiva, algunas transacciones no previstas expresamente en la Ley que - sujeto al cumplimiento de las condiciones aplicables - podrían calificar como concentración:

- a. Operaciones interdependientes⁷:** Varias operaciones pueden tratarse como una única concentración cuando ellas sean interdependientes, de forma que una no pueda realizarse o no hubiese ocurrido sin la otra. En estos casos, todas las transacciones que formen parte de este esquema serán analizadas de forma conjunta en un solo procedimiento. Por otro lado, si las operaciones no son condicionadas, de tal forma que una de ellas pueda completarse incluso si las otras fallan, deberán ser evaluadas individualmente y cada una de ellas constituirá una concentración separada. (Autorité de la Concurrence, 2020).

El vínculo condicional de las transacciones comúnmente deriva de los aspectos jurídicos de la operación, cuando el propio acuerdo establece una condicionalidad recíproca. Por ejemplo, la empresa A adquiere el control de la empresa B, condicionado a la adquisición previa o simultánea por parte de B de la empresa C (Comisión Europea, 2008, pág. 14). Sin embargo, puede derivar también de aspectos económicos, cuando las adquisiciones forman parte de un proyecto mayor.

Las transacciones interrelacionadas pueden ser tratadas como una única operación de concentración siempre que el control último sea tenido por el mismo agente económico, aun cuando en las distintas etapas hayan intervenido distintos agentes económicos (FNE, 2019).

- b. Transacciones sucesivas:** Transacciones sucesivas son una secuencia de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en un lapso de dos años, que les permite una integración realizada en tramos o etapas, por lo tanto, deben ser tratadas como una sola concentración (COPROCOM, 2020).

Es posible que un agente económico realice adquisiciones parciales de una empresa sin que exista obligación de notificarlas porque no ha resultado una transferencia o modificación de control. No obstante, dicha obligación se presenta en el momento en que la realización de un nueva adquisición o acto signifique, considerando de manera conjunta los diversos actos efectuados, la adquisición del control *de iure* o *de facto* de la empresa objetivo. (COFECE, 2015, pág. 16).

Con ello, se pretende evitar que un Agente Económico adquiera poco a poco a otro u otros, mediante actos que no requieran ser notificados en lo individual, pero que, en su conjunto constituyen una concentración notificable.

- c. Intercambio accionario:** En algunas transacciones, es común acordar como forma

⁷ En este contexto, se entenderá por "operaciones" su acepción amplia, incluyendo cualquier acto o contrato en los términos establecidos en la Sección II de esta Guía

de pago la transmisión de acciones entre los agentes económicos involucrados en la transacción. Es decir, se realiza una adquisición de las acciones de la empresa A por parte de la empresa B y una adquisición de acciones de la empresa B por parte de los accionistas de la empresa A. En esos casos se realizan dos traspasos de acciones de forma simultánea que, para efectos de la notificación, serán tratadas y analizadas de forma conjunta si ambas resultan la modificación o traspaso de control de las empresas involucradas. Por otro lado, si apenas uno de los traspasos resulta la adquisición de control, solamente este será objeto de análisis por la SUTEL.

- d. Adquisiciones hostiles y en mercado de valores:** Las adquisiciones accionarias realizadas en el mercado de valores y las adquisiciones hostiles - que se realizan sin el consentimiento de la empresa objetivo - no se encuentran exentas de la aplicación de las disposiciones en materia de concentraciones. El comprador debe prever la posibilidad de que, de resultar la adquisición de control de la empresa objetivo, puede existir su obligación de notificarla si se cumplen los supuestos legales.

Al no contarse con la cooperación de la empresa objetivo, es común que existan dificultades para completar los requisitos de la notificación. En estos casos el comprador deberá aportar la mayor cantidad de información que le sea posible sobre la empresa adquirida y su actividad, debiendo acreditar la existencia de una imposibilidad material de acceder a información interna y relevante del objetivo (COFECE, 2020, pág. 26).

- e. Aumento y reducción de capital:** Los aportes o reducciones de capital realizadas por los actuales socios de una empresa se consideran como una concentración para efectos de la Ley cuando son capaces de modificar la relación de control sobre la empresa objetivo preexistente. Es decir, si las aportaciones o la reducción de capital conllevan alguna modificación en los porcentajes de participación accionaria que implican un nuevo control sobre la empresa objetivo (COFECE, 2020, pág. 25).

Es posible que producto de un aumento o disminución de capital se pase de un control exclusivo a uno conjunto, que se sustituya un accionista con control parcial o total por otro u otros, en cuyo caso se considera como una concentración que podría ser notificable, si cumple los demás requisitos. Por su parte, si el agente económico está bajo un control conjunto y se reduce su número de accionistas que ejercen este control, pero sin pasar a un control exclusivo, no existirá obligación de notificar (Comisión Europea, 2008).

B. Participantes de la transacción

Identificar debidamente los agentes económicos participantes en una transacción es una etapa fundamental para verificar si se configura una concentración, para determinar si esta debe ser notificada, y (cuando corresponda) para cumplir adecuadamente con los requisitos de la notificación previa.

Como fue indicado, el primer elemento de una concentración es la existencia de una transacción en la que participen al menos dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones previamente independientes entre sí (o una parte relevante de estos). De ahí la necesidad de comprender lo que para estos efectos significa el concepto de Agente Económico.

1. Operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones

Conforme al artículo 6 (incisos 12 y 16) de la Ley 8642, un proveedor de telecomunicaciones es la *"persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, las cuales podrán prestar o no servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general"*. Por su parte, el proveedor de servicios de telecomunicaciones es la *"persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, según corresponda"*.

Así, la condición de operador de redes o proveedores se verifica con la existencia de un título habilitante, sea concesión o autorización, que permite al agente económico realizar esa actividad. Por ello, para determinar si una concentración requiere autorización de SUTEL deberá verificarse si al menos dos de sus partes o agentes económicos afectados por ésta tienen título habilitante para operar en mercados de telecomunicaciones, ya sea concesión o autorización.

Excepcionalmente, y para efectos de control de concentraciones únicamente, se considerará como si fuese un operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones a aquellos agentes económicos que sean parte, afectados o resultantes de una transacción y que tengan intenciones de iniciar actividades en alguno de los mercados de telecomunicaciones en el corto plazo.

2. Agentes económicos y grupos de interés económico

Los Agentes Económicos son definidos legalmente como toda persona física o jurídica, de hecho o de derecho, pública o privado, que ofrece o demanda productos o servicios, independientemente de su origen (Ley 7472 Art. 2). Es decir, cualquier persona o entidad que participa en cualquier eslabón de la cadena de suministro de un bien o servicio, actuando ya sea como oferentes o como demandantes.

Los agentes económicos cuentan con funciones propias para el desarrollo de una actividad comercial de forma duradera, como dirección dedicada a las operaciones diarias y acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales), que le permite actuar con autonomía funcional en el mercado (Comisión Europea, 2008). Son así capaces de desempeñar una función activa en el mercado por lo que se consideran económicamente independientes.

No obstante, tanto para efectos del análisis y control de concentraciones como para determinar la obligatoriedad de notificarlas, si el agente económico pertenece a un grupo de interés económico, el grupo será considerado como una sola unidad, incluyendo las actividades de todas las empresas y personas físicas relacionadas⁸ (COFECE, 2015)⁹.

Lo anterior implica que las transacciones entre empresas de un mismo grupo de interés económico no configuran concentraciones económicas -por no ser independientes entre sí-. Por otro lado, en una concentración que involucre uno o varios grupos de interés económico, cada uno de estos será considerado como una unidad para efectos del análisis. Un Grupo de Interés Económico es una agrupación de empresas (formalmente constituidas o no) que, aunque son funcionalmente autónomas mantienen una vinculación de hecho o de derecho que les permite actuar bajo una unidad de decisión, sea por la existencia de subordinación o colaboración entre sus miembros, o por la dependencia económica entre sí¹⁰. La relación existente entre los miembros del grupo económico les permite establecer vinculaciones sea de capitales o de administración, mediante la cual una empresa (empresa matriz) ejerce control o influencia decisiva sobre otras, sea de forma directa o mediante interpuesta persona o entidad, coordinando sus actividades para lograr un objetivo común (Contraloría General de la República, 2015).

Para efectos regulatorios, la SUTEL emitió la resolución RCS-138-2018 "Criterios para la definición de un grupo de interés económico". Los criterios y elementos allí contenidos, si bien se emitieron con fines distintos, podrán aplicarse *mutatis mutandis* al procedimiento de control de concentraciones.

⁸ Por "empresas relacionadas" se entenderá a aquellas "empresas que forman parte de un grupo económico en el que una de ellas tiene el control económico sobre la otra o están sujetas al control común por parte de otra empresa, persona o grupo de ellas." (Art. 1 Ley 9736).

⁹ Entre la información que las partes deben aportar al procedimiento de concentración, se debe incluir la identificación pormenorizada de los agentes económicos involucrados: individualización completa de los agentes económicos que participan en la concentración, así como de las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a su mismo grupo económico y que realicen actividades comerciales, o que tengan efectos en Costa Rica, según artículo 92 de la Ley n. 9736.

¹⁰ El Art. 6 inc. 9) de la Ley 8642 define al "Grupo Económico" como una "agrupación de sociedades que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre empresas, o el criterio de dependencia económica de las sociedades que se agrupan, sin importar que la personalidad jurídica de las sociedades se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia".

De forma similar, el Art. 1 de la Ley 9736 define el "Grupo de Interés Económico" como la "agrupación de sociedades o empresas, de hecho o de derecho, que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos o una parte sustancial de los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y que se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre sus miembros, o el criterio de dependencia económica de sus miembros, sin importar que su personalidad jurídica se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia".

3. Partes de la transacción

Para efectos de completar la solicitud y determinar la información que debe aportarse a la SUTEL, se entenderá que las partes de la transacción son las personas o entidades que proyectan concentrarse y, consecuentemente, conformarán el agente económico resultante de la transacción. Es decir, las entidades o unidades de negocios que serán combinadas con la transacción propuesta. De esta forma:

- En las fusiones y operaciones similares o equivalentes, las partes serán las entidades que proyectan integrarse (denominadas "participantes de la concentración") y la "entidad resultante" de la fusión.
- En las transacciones que impliquen un traspaso o adquisición en la que los vendedores, una vez consumada la transacción, dejarán de tener relación con los activos que se pretenden traspasar, las partes serán el comprador o compradores, y la empresa o unidad adquirida (denominada "empresa objetivo"). En estos casos, si bien la parte vendedora un interés directo en la operación, desde el momento en que transfiere el control sobre el objetivo, sus vínculos con él desaparecen completamente. Consecuentemente, en estas circunstancias, el Vendedor no será considerado parte involucrada en la concentración (Comisión Europea, 2008) (FNE, 2019).
- En aquellas transacciones en que, no obstante tratarse de un traspaso o adquisición, se proyecta que la parte vendedora conserve alguna relación de control o influencia decisiva sobre el negocio objetivo (sea este individual o en conjunto con otros), sí será considerada como una parte afectada por la concentración (Comisión Europea, 2008, pág. 32).

Las anteriores salvedades aplicarán únicamente a efectos de determinar el contenido de la solicitud conforme al artículo 92 de la Ley 9736, para evitar que las partes se vean obligadas a generar y aportar documentos e información de poca utilidad para analizar y resolver la solicitud. Esto no implica, en ninguno de los tipos de transacción, una exención al deber de notificar la concentración que recae sobre todas las partes del negocio tal y como exigen los artículos 56 de la Ley 8642 y 89 de la Ley 9736.

C. Adquisición de control económico

Según se ha indicado, de acuerdo con la legislación nacional, el criterio determinante para que exista una concentración es la transferencia de control de al menos uno de los agentes económicos participantes en la transacción o de parte de él. Es decir, el paso del control de un agente a otro, de un control exclusivo a un control conjunto (o viceversa).

Para efectos del control de concentraciones, el concepto de control económico incluye cualquier otra forma que permita ejercer influencia decisiva sobre la conducción del

negocio de una de las empresas relacionadas, de modo tal que pasen a conformar una unidad económica (Frazão, 2015, pág. 447). En este sentido, la Ley define expresamente control económico como *"la posibilidad de ejercer una influencia decisiva, de hecho, o de derecho, sobre un agente económico o sus activos, entendida como el poder de adoptar o de bloquear decisiones que determinen su comportamiento comercial estratégico"* (Ley 9736, Art. 1.c.). Este tipo de decisiones estratégicas incluye, por ejemplo, aquellas que comprometen cantidad importante de recursos, decisiones respecto del giro comercial de la empresa, inicio y terminación del negocio, disposición de bienes o derechos esenciales para la continuidad de la actividad (COPROCOM, 2016).

El "control" puede existir, entonces, como consecuencia de actos jurídicos, tales como la propiedad sobre acciones, disposiciones estatutarias, acuerdos de accionistas, contratos, u otros instrumentos (control *de iure*), o cualquier otro medio (control *de facto*) que confiere la posibilidad de una persona o entidad dirigir las decisiones estratégicas de otra (COFECE, 2015). El control puede darse, entre otras, de las siguientes formas (Comisión Europea, 2004):

- a. Titularidad, de forma directa o indirecta, de la mayoría del capital social o acciones de una sociedad que le permita imponer unilateralmente decisiones en la Asamblea¹¹;
- b. Poder de ejercer voto de calidad en una Asamblea;
- c. Capacidad de decidir sobre la composición, deliberación, cese y nombramiento de los miembros directores o personal clave;
- d. Capacidad de decidir o influir, por cualquier medio, el plan estratégico;
- e. Capacidad de decidir o influir, por cualquier medio, sobre los planes de inversión;
- g. Capacidad de decidir o influir, por cualquier medio, sobre la asignación presupuestaria.

La posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre el agente económico puede ser activa (o positiva) determinando el comportamiento de otra empresa, o bien pasiva (o negativa) por la capacidad de bloquear decisiones estratégicas de la empresa, aun cuando por sí solo no pueda imponer dichas decisiones (Comisión Europea, 2008). Por ello, las adquisiciones de participaciones minoritarias podrían estar sujetas al control de concentraciones en la medida en que dichas participaciones puedan otorgar la capacidad de ejercer una influencia "material" sobre la empresa objetivo.

Esta capacidad de influencia se establece usualmente por medio de normas estatutarias o de acuerdos de accionistas que exigen mayoría calificada para tomar determinados acuerdos (como la aprobación de presupuestos), les otorgan derechos específicos (como el nombramiento de directores) o de cualquier otra forma le permiten al accionista minoritario ejercer influencia decisiva sobre la sociedad y ser capaz de determinar el

¹¹ Autoridades europeas, en su gran mayoría, entienden que una participación igual o superior al 50% del capital social es suficiente para ejercer un control sobre la empresa en participación. (Comisión Europea, 2008) (OFT, 2017)

comportamiento competitivo de la empresa objetivo. Estos son elementos que deben ser considerados para verificar la existencia de una concentración por medio de la adquisición de capital minoritario (OFT, 2017).

El control pasivo o negativo se asocia directamente con la posibilidad de bloquear decisiones estratégicas de la empresa. Por ello, no otorgarán control pasivo aquellos derechos que se establecen para proteger el valor de las acciones minoritarias, como por ejemplo el derecho a receso del artículo 32 bis del Código de Comercio¹², o las cláusulas de venta por acompañamiento (*tag along*)¹³ o por arrastre (*drag along*)¹⁴. En algunas sociedades mercantiles es común que los accionistas tomen este tipo de acuerdos.

Control pasivo por parte de un accionista minoritario

COPROCOM - Voto n.º 40-2016

Un antecedente de COPROCOM que ilustra la existencia de una concentración por adquisición de control negativo involucró la adquisición de un 35% del capital accionario de una empresa.

En este caso, se consideró que este no era un porcentaje que por sí mismo evidencie un control económico del adquirente, pero algunas decisiones inherentes a la empresa requerían para su aprobación contar con el voto favorable del 70% de capital accionario, porcentaje que únicamente se lograría con el voto afirmativo del adquirente.

Lo anterior podría implicar un control negativo por su parte, ya que en la materialidad le otorgaba un derecho a veto sobre decisiones estratégicas de la empresa.

Es decir, cuando los estatutos de la compañía requieran una mayoría calificada para adoptar decisiones estratégicas, poseer una minoría de los derechos de voto podría ser suficiente para dar al adquirente un derecho de bloqueo y, por lo tanto, el control negativo de la empresa, a pesar de ser un accionista minoritario.

El control sobre el agente económico puede ser ejercido de forma exclusiva o conjunta. El control exclusivo se verifica cuando una empresa o persona, en solitario, puede ejercer individualmente una influencia material sobre el desempeño competitivo de otra empresa, directa o indirectamente (i.e. a través de subsidiarias o filiales).

¹² El derecho al receso se establece a favor de los socios minoritarios ante la toma de determinadas decisiones por parte de la sociedad, tales como la prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero, o la transformación y fusión que generen un aumento de su responsabilidad. También podrán ejercer ese derecho si la sociedad no distribuye al menos un 10% de los dividendos obtenidos en los últimos dos años, o si cambia su giro comercial causándole perjuicio.

¹³ La cláusula de venta por acompañamiento, o *tag along*, es un pacto que protege a los accionistas minoritarios de una sociedad, otorgándoles el derecho de vender sus acciones en igualdad de condiciones que los socios mayoritarios, en caso que estos últimos pacten con un tercero el traspaso del control de la sociedad a un tercero.

¹⁴ La cláusula de venta por arrastre o *drag along*, establece una obligación de los socios minoritarios de vender sus acciones (en igualdad de condiciones) en caso que la mayoría del capital de la sociedad acuerde la venta a un tercero. Con ello, se evita que una posible venta sea bloqueada por una minoría del capital cuando el comprador desea adquirir la totalidad de una empresa.

El control compartido (o conjunto), a su vez, es ejercido simultáneamente por dos o más personas o empresas (Comisión Europea, 2008) o bien existe cuando dos o más empresas no pueden, individualmente, controlar la estrategia y decisiones comerciales de la empresa controlada (la empresa conjunta) pero pueden, sobre una base legal o *de facto*, bloquearse mutuamente para hacerlo. (Gutermuth, Ratliff, & Voelcker, 2004). En consecuencia, estos accionistas deben necesariamente llegar a un acuerdo para establecer la política comercial de la empresa y se ven obligados a cooperar.

Constituyen modalidades de concentración las transacciones por medio de las cuales se pasa de un control exclusivo a uno conjunto, o viceversa.

En síntesis, el control implica contar con un poder decisorio (positivo o negativo) respecto de las decisiones estratégicas de política comercial de la empresa, el cual puede ejercerse de forma exclusiva o en conjunto con otros.

Considerando que existe una multiplicidad de formas en que un agente económico puede adquirir y ejercer el control sobre otro, en cada caso, las partes deberán analizar si una operación concreta le da a una de ellas la capacidad de influir de forma determinante sobre el comportamiento competitivo de la otra, sea otorgándole la posibilidad de adoptar o de bloquear decisiones estratégicas

D. Carácter duradero

Junto con el nivel de integración entre las partes, la duración de la relación es el otro criterio que se utiliza para distinguir las concentraciones de otras formas de colaboración entre agentes económicos (ICN, 2007). El artículo 56 de la Ley 8642 contiene esta referencia temporal al incluir como requisito para la existencia de una concentración el que la adquisición del control producto de la transacción sea "duradera". Esto significa que solamente se consideran concentraciones aquellas transacciones cuyos efectos sean permanentes, con intención de permanencia, o por un plazo extendido de tiempo.

En sentido contrario, no se consideran concentraciones acuerdos que pueden ser fácilmente reversados por las partes (ICN, 2017). Tampoco son concentraciones las transacciones mediante las cuales el cambio de control o la integración entre los agentes económicos sean solamente temporales. Estos esquemas de cooperación se analizan bajo las reglas que rigen los acuerdos entre agentes económicos.

Ahora bien, el solo hecho de que el acuerdo o transacción tenga un plazo definido no excluye automáticamente la posibilidad de un carácter duradero. Es posible atribuir una integración (o cambio de control) duradero a acuerdos de plazo determinado cuando el periodo contractual previsto, incluyendo sus renovaciones, conforme con las circunstancias del caso, es suficientemente largo para dar lugar a un cambio duradero en el control de la empresa en cuestión (Comisión Europea, 2008).

E. Transacciones que no son concentraciones

Todas aquellas transacciones o actos, de cualquier naturaleza, que no contengan todos los elementos de una concentración (según el artículo 88 de la Ley 9763) no califican como tales. Algunas de ellas, sin ser concentraciones, se les asemejan por lo que requieren mención especial:

- a. Reestructuraciones internas:** El concepto de concentración implica la participación de dos o más agentes económicos, con cambios en la estructura de control de al menos uno de ellos. Por ello, una reestructuración interna de un grupo económico no se incluye dentro del alcance de revisión de concentraciones, ya que no se trata de combinación de agentes independientes entre sí (ICN, 2018) (COPROCOM, 2018) (SUTEL, 2020) (SUTEL, 2018).

Algunos ejemplos de estos casos son las fusiones o escisiones entre empresas de un mismo grupo económico, incrementos o disminuciones de capital, traspasos de activos y cualquier otra transacción, mencionada o no en esta guía, siempre que no involucre la participación de dos o más agentes económicos independientes entre sí o que no impliquen cambios en el control en al menos uno de ellos.

- b. Fideicomisos:** Los contratos de fideicomiso permiten el traspaso de la propiedad de activos, acciones o participaciones sociales de un agente económico (fideicomitente) a una persona física o jurídica (fiduciario) para que esta los administre por cierto período hasta que se cumpla con los fines del contrato, más comúnmente de administración, garantía o inversión. Una vez alcanzado el propósito o plazo, los bienes serán entregados a un beneficiario, pudiendo ser este el propio fideicomitente o un tercero.

En términos generales, la constitución del fideicomiso no caracteriza en sí una concentración, lo que define la existencia de una concentración es el traspaso final de los bienes y si este se realiza a un agente económico independiente o al propio fideicomitente. Lo anterior debido a que el fideicomiso tiene naturaleza transitoria y el poder de administración del fiduciario es limitado al propósito establecido en el contrato. No obstante, es posible que algunos agentes económicos utilicen la figura del fideicomiso para un propósito distinto de los señalados anteriormente. En particular, mediante un fideicomiso puede establecerse una relación de negocios que permita la combinación de activos de dos o más agentes económicos con el propósito de realizar una actividad económica. En esos casos, la figura del fideicomiso podrá ser la forma de integración de agentes económicos independientes, y que, por lo tanto, satisface los criterios de configuración de una concentración (COFECE, 2020).

Cuando el fideicomiso es pasivo, el traspaso de los activos al fiduciario no es una concentración, ya que este no ejercerá los derechos como titular de las acciones

o activos traspasados, limitándose únicamente a asegurar su custodia y que mantengan su valor (excepto si los activos fideicometidos son traspasados a un tercero, en cuyo caso ese traspaso podría ser una concentración si cumple con los demás requisitos legales). Con relación a los fideicomisos activos, podrían ser una concentración cuando el objeto del fideicomiso sea un grupo suficiente de capital o de activos que implique una transferencia de control del agente económico, y además el fiduciario ejerza sus derechos como titular de las acciones o los activos.

Cuando el fideicomiso es constituido a favor del propio fideicomitente la transacción no configura una concentración, dado que no hay cambio de control sobre los bienes aportados. Por otro lado, si el fideicomiso se otorga a favor de un agente económico independiente, el traspaso de los bienes aportados a este tercero podría ser una concentración y deberá ser notificada, si se cumplen los demás requisitos legales.

III. CONCENTRACIONES QUE DEBEN NOTIFICARSE

Según se indicó, en los mercados de telecomunicaciones según el artículo 56 de la Ley 8642 y 89 de la Ley 9736, se deberán notificar ante SUTEL todas aquellas concentraciones con incidencia en Costa Rica en las que participen dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, salvo algunas excepciones que se detallarán más adelante.

Concentraciones en el mercado de telecomunicaciones

Por disposición del artículo 89 de la Ley 9736 y artículo 56 de la Ley 8642, requerirán notificación previa, salvo las excepciones establecidas en el artículo 91, todas las concentraciones realizadas entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como aquellas en las que cualquier persona adquiera el control de dos o más operadores o proveedores de telecomunicaciones independientes entre sí.

Este criterio de atribución de la competencia es de tipo subjetivo, es decir, recae sobre determinados actores y no sobre ciertas actividades. Por ende, corresponderá notificar ante la SUTEL aquellas concentraciones en las que participen los sujetos indicados en el párrafo anterior, independientemente del o los mercados en los que la transacción surta efectos.

En igual sentido, una concentración en la que participe un proveedor u operador de telecomunicaciones y un agente económico dedicado a una actividad no regulada, podría eventualmente tener efectos principalmente en mercados de telecomunicaciones, pero no involucra al menos a dos operadores o proveedores, por lo que no cumple con el criterio del artículo 56 de la LGT y la SUTEL no sería competente para conocerla (eventualmente podría requerirse la notificación a COPROCOM si cumple los criterios para ello).

A. Incidencia local

La incidencia local es el elemento objetivo que establece la competencia territorial de la autoridad, de modo que su jurisdicción se ejerza respecto a aquellas transacciones que tienen un nexo material relevante con Costa Rica. Este nexo material existe cuando la transacción propuesta tiene una conexión económica relevante y directa con el territorio nacional (ICN, 2017).

La Ley 9736 establece la necesidad de nexo local en el inciso a. del Art. 89, al establecer como requisito para aplicar el control previo a concentraciones en las que participen al menos dos agentes económicos que realicen o hayan realizado actividades con incidencia en Costa Rica en cualquier momento durante los dos períodos fiscales previos a la transacción.

Así, la incidencia local es determinada a partir de la ubicación de la producción y/o de los clientes de las partes afectadas en la transacción, independientemente de si la entidad resultante de la transacción tendrá presencia o realizará actividades en el país¹⁵. Esta incidencia local existirá cuando un agente económico tiene actividades comerciales, ya sea realizando habitualmente ventas o compras, o bien cuando posee activos productivos en el país, ya sea de forma directa o a través de terceros (como por ejemplo distribuidores).

Para estos efectos, se considerará que el agente económico posee activos productivos cuando éstos se ubiquen en Costa Rica, o bien generen réditos o ingresos en Costa Rica (como por ejemplo en el caso de activos financieros colocados en el extranjero cuyos réditos se incorporan en la actividad empresarial local).

En cuanto a los ingresos, los agentes económicos pueden desplegar actividades en múltiples países, pero se deberán asignar geográficamente sus ventas conforme a los siguientes criterios:

- a. En términos generales, la asignación de las ventas coincidirá con el lugar donde se encuentra el cliente o el lugar de entrega del producto, independientemente del lugar donde se encuentre el vendedor ni donde se realice la contratación (Comisión Europea, 2008). En el caso de prestación de servicios, debe prevalecer el lugar en el que éste es provisto, con independencia del lugar de facturación o del lugar en que se encuentre el cliente en el momento de la contratación (FNE, 2019).
- b. También se considerarán realizadas en Costa Rica las ventas hechas tanto directamente por el agente económico relevante para el análisis como por terceros (como por ejemplo distribuidores independientes), cuando las ventas a dicho tercero se realicen con la intención de ser revendidas en el país.
- c. Si el agente económico en cuestión realiza la venta localmente en su país de origen a un tercero independiente que por su propia cuenta importa y distribuye el producto en territorio nacional sin formar parte del sistema de distribución del vendedor original, no es posible atribuirle a esta última las ventas realizadas por el distribuidor y, por tanto, no son tomadas en cuenta para efectos de definir la obligación de notificar (COFECE, 2015).

¹⁵ La ausencia de efectos de la transacción en el territorio nacional es una causal de presunción favorable para la autorización de la concentración (artículo 150 inciso d) del Reglamento Ejecutivo a Ley 9736), pero no un requisito de configuración de la incidencia local.

- d. En igual sentido, si el agente económico vende los productos a un tercero ubicado en su país de origen y dicho tercero los exporta hacia Costa Rica, la primera de las ventas se tendrá por realizada en el país donde se ubica el comprador inicial, y la exportación hacia Costa Rica se considerará como una venta realizada por este tercero independiente, y no por el vendedor inicial (Broberg, 1996)

En todos los anteriores casos se deberá valorar si la intención expresa o implícita del agente económico analizado es que los productos sean vendidos en el país, en cuyo caso sí podrían considerarse como ventas locales de dicho agente económico, realizadas indirectamente por medio de un distribuidor.

Incidencia local de transacciones con efectos fuera del país

(COPROCOM Voto N° 10-2020)

La COPROCOM ha reconocido su competencia sobre transacciones que satisfacen la incidencia local, incluso cuando su objeto afecte primordialmente mercados en otros países.

En este caso, dos empresas extranjeras con actividades en el país por medio de distribuidores solicitaron la aprobación para la creación de un *joint venture* cuyas actividades se realizarían exclusivamente en el extranjero.

La autoridad consideró que el requisito de incidencia local estaba satisfecho por las ventas locales de las partes del acuerdo, independientemente de si la entidad resultante tendría o no actividades en Costa Rica.

B. Excepciones al deber de notificación

De conformidad con el artículo 91 de la Ley 9736, las siguientes transacciones no deben notificarse:

- a. **Adquisiciones de bienes o servicios dentro del giro habitual de negocios:** Algunas empresas realizan adquisiciones dentro de sus actividades usuales, sin la intención ni objeto de integrar las operaciones de agentes económicos independientes entre sí. Estas transacciones pueden ser inmobiliarias, de títulos accionarios, o de cualquier otra forma siempre que la adquisición y venta de estas sea el giro habitual del agente económico comprador.
- a. **Adquisiciones transitorias:** Se trata de compras de activos, acciones o participaciones realizadas con fines de revenderlas, sin ninguna intención de

ejercer en la materialidad el control sobre la entidad adquirida ni de participar en su toma de decisiones, y siempre que la reventa se realice dentro del plazo de un año contado desde su adquisición.

Tal disposición se aplica principalmente a las entidades financieras, aseguradoras, fiduciarias, fondos de inversión, corredores de valores, u otras sociedades que adquieren bienes o valores de otras empresas sin inmiscuirse directa o indirectamente en la gestión de estas, sin perjuicio de los derechos financieros derivados de su condición de accionistas o de socios (Comisión Europea, 2008).

Si la adquisición pierde su naturaleza de mera inversión o custodia de valor para integrar actividades de dos o más empresas independientes, el comprador deberá notificar la concentración antes de participar en el control o la toma de decisiones del agente económico adquirido. Adicionalmente, vencido el año al que se refiere la Ley, la transacción pierde su carácter transitorio, y el comprador deberá notificarla dentro de los diez días hábiles siguientes, plazo que es prorrogable por un período igual a solicitud de parte debidamente justificada (Art. 91 de la Ley 9736).

IV. NOTIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN

Esta sección de la Guía ofrece los lineamientos sobre la solicitud de autorización y la información que las partes deben aportar a efecto de cumplir con los requisitos de la notificación.

A. Sujetos obligados a presentar la notificación

La Ley establece la obligatoriedad de notificar por parte de todos los agentes económicos participantes en la transacción, es decir, los que intervienen en el acto y que tienen un interés directo en este, y que, así, hayan tomado parte en la operación. Es decir, la notificación de la concentración deberá ser efectuada por las entidades que intervienen como partes en el acto jurídico en virtud del cual se perfeccionaría la operación de concentración (FNE, 2017).

Si bien todos los participantes de la concentración serán responsables por la omisión en la notificación, bastará con la notificación realizada por cualquiera de ellos para liberar a todos de dicha obligación.

Normalmente, para identificar los participantes de una transacción, se toma como base el vehículo que haya dado lugar a la concentración, sea el acto o el contrato (COFECE, 2020). Por ejemplo, en una compraventa, serán partes intervinientes de la transacción, el comprador y el vendedor; en una fusión, la fusionante y la fusionada; en contrato de inversión con aumento de capital el inversionista y el invertido (COPROCOM, 2016), siendo todas ellas obligadas a notificar el acto a la SUTEL, y, consecuentemente, todas estarán sujetas a penalidad por la omisión de la notificación¹⁶.

Para el caso de las notificaciones ante SUTEL, el deber de notificar recae sobre los operadores de redes o proveedores de servicios telecomunicaciones que participan de la transacción.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque la obligación de notificar recaiga sobre los agentes directamente intervinientes en la transacción, se admite que la notificación se presente por parte de las matrices o subsidiarias de estas, especialmente cuando las intervinientes directas se utilizan como simple vehículos para la transacción.

¹⁶ Los participantes de cada tipo de transacción se detallan en la Sección IV.A. de esta guía.

B. Plazo para notificar

La solicitud de autorización y análisis de la concentración deben ser previos a su perfeccionamiento. Si bien la Ley no señala la necesidad de contar con un contrato o proyecto de acto definitivo para notificar, debe existir una intención concreta y de buena fe de realizar la transacción, de manera que no se notifiquen ni analicen transacciones que son meramente especulativas o hipotéticas (ICN, 2017). En consecuencia, la notificación debe realizarse en cualquier momento a partir de que exista algún acto tendiente a concretar la concentración más allá de una mera expectativa de realizar el negocio, y hasta antes de su ejecución en Costa Rica.

Asimismo, al momento de la notificación es necesario contar con los elementos básicos para posibilitar el análisis de la operación. Es decir, se debe contar con información suficiente para identificar las partes de la transacción, el alcance de la concentración y la existencia de cualquier obligación que limite la competencia entre las partes. (COFECE, 2015)

Esta obligación de notificar se mantendrá durante todo el tiempo en el cual las partes pretendan realizar la transacción.

C. Efecto suspensivo de la notificación y sus excepciones

El control de concentraciones en Costa Rica tiene efecto suspensivo sobre las transacciones. Esto significa que las concentraciones no podrán ser consumadas hasta tanto la SUTEL emita su resolución final en el procedimiento. De lo contrario, la consumación anticipada configura una infracción grave de conformidad con la Ley, comúnmente referida como *gun jumping* en la literatura extranjera¹⁷.

En este sentido, las partes deberán mantener sus estructuras físicas y su condición de independencia inalteradas hasta la apreciación final de la autoridad, estando vedadas de realizar cualquier transferencia de activos, ejercer cualquier tipo de influencia de una parte sobre la otra o bien intercambiar información comercial sensible entre ellas (CADE, 2020). Siendo así, las partes podrán celebrar únicamente los actos que no resulten en efectos jurídicos o materiales de una concentración en Costa Rica.

El solicitante podrá requerir a la Autoridad autorización para consumir la transacción, sea de forma parcial o total, mientras el procedimiento de aprobación de la concentración se encuentra pendiente de resolución. La Autoridad podrá, de forma discrecional, conceder excepciones del efecto suspensivo, teniendo en cuenta, *inter alia*, (i) los efectos de la suspensión sobre las partes de la transacción o un tercero y (ii) la amenaza a la competencia que representa la concentración. (Gutermuth, Ratliff, & Voelcker, 2004). En este sentido, la autorización precaria para realizar actos de la concentración estará condicionada a que

¹⁷ Ver Sección V.K. de esta guía.

el solicitante demuestre perjuicios inminentes, graves e irreversibles si la autorización para ejecutar la concentración no es concedida, que no haya peligro de daño irreparable a las condiciones de competencia, y que los actos por ejecutar sean reversibles ((CADE), 2020).

En aplicación del principio de territorialidad de las leyes, en los casos en que la transacción involucre varias jurisdicciones distintas no habrá impedimento para que las partes ejecuten la concentración en otras jurisdicciones. Lo anterior, siempre y cuando se tomen las medidas suficientes para asegurar que la concentración no generará ningún efecto material ni jurídico en Costa Rica antes de ser aprobada, asumiendo las partes las consecuencias de un eventual rechazo o condicionamiento de la transacción en el país.

D. Formalidades de la solicitud.

Las solicitudes de aprobación de una concentración deberán ser presentadas por escrito, aportando la información y documentos que se detallan en la sección siguiente. Adicionalmente, deberán cumplir con las siguientes formalidades:

- A. Versiones Pública y Confidencial:** El solicitante deberá presentar una versión pública y otra confidencial del escrito de notificación. La versión pública consistirá en el mismo documento que contiene información confidencial, al cual se le deberá cubrir, tachar o marcar de forma visible, la información que considera confidencial, dejando claro donde se hicieron las alteraciones al documento original. La determinación final sobre la confidencialidad de la información corresponderá a la Autoridad, la cual podrá requerir al solicitante modificar la versión pública.
- B. Idioma y traducciones:** La solicitud de concentración y los documentos relevantes deberán ser presentados en idioma español. Los documentos expedidos fuera de Costa Rica deberán ser legalizados, apostillados y traducidos al español, lo cual deberá ser hecho por la parte.

Si uno o más documentos escritos originalmente en idioma extranjero son de una extensión considerable, deberán presentarse de forma íntegra en idioma original, y podrán ser acompañados de una traducción parcial de los aspectos relevantes, sin perjuicio de que la Autoridad pueda solicitar se amplíe la traducción, cuando lo considere pertinente.

En el caso de los Estados Financieros, la traducción debe abarcar al menos el Balance General y el Estado de Resultados, o cualquier otra parte de la cual se pueda extraer información sobre unidad monetaria, periodo contable, utilidad, ventas, capital social y activos u otras variables financieras de relevancia, para el análisis de la concentración económica notificada.

En el caso del documento o contrato mediante el cual se realiza la operación, la traducción debe incluir al menos lo referente al objeto de la concentración,

restricciones accesorias, condiciones suspensivas del acuerdo, plazo de implementación y el precio de la transacción.

- C. Lugar y formato de Notificación:** La solicitud deberá ser dirigida a la Autoridad competente y presentarse por escrito, en formato digital y por medio electrónico, al correo gestiondocumental@sutel.go.cr.

Igualmente, se admite la presentación de la solicitud en forma física en las oficinas de la SUTEL, junto con una copia en formato digital.

Es posible que la SUTEL requiera la entrega de determinados documentos en formato físico o impreso, como por ejemplo documentos oficiales, documentos que requieren protocolización notarial o apostilla.

Toda copia digital deberá ser remitida en formato que permita su revisión mediante la utilización de criterios de búsqueda, salvo que se trate de documentos que por su naturaleza sea materialmente imposible.

- D. Formulario de Notificación:** Preferiblemente la solicitud deberá seguir el Formulario de Notificaciones anexo a esta Guía.

- E. Declaración jurada:** En la solicitud, el solicitante deberá manifestar que conoce las penas que la Ley establece para el perjurio, y manifestar que se declara bajo juramento la veracidad de la información y autenticidad de los documentos aportados.

E. Información y documentos que acompañan la solicitud

De conformidad con el artículo 92 de la Ley 9736, el escrito de solicitud deberá contener la siguiente información:

- i. Identificación del solicitante:** se debe indicar la denominación o razón social, el número de cédula jurídica u otro de identificación, el lugar de incorporación y el domicilio social del o los agentes económicos solicitantes.

Asimismo, se debe señalar el nombre completo y calidades legales de la persona que actúa en representación del solicitante, indicando estado civil, profesión u oficio, domicilio y número de documento de identificación.

Documentos antecedentes: sobre el particular, para acreditar la identificación del solicitante y su representación legal, se debe aportar:

- o Personería de la sociedad solicitante o documentos correspondientes en el caso de sociedades extranjeras que acrediten la existencia de la sociedad y su representación legal, expedidos de conformidad con las leyes de su domicilio.

- o En caso de que la solicitud sea presentada por un apoderado especial, aportar Poder Especial Administrativo para la Notificación, de conformidad con el artículo 1256 del Código Civil, con firma autenticada y los timbres exigidos legalmente.
- o Los documentos que sean emitidos en el extranjero deberán cumplir con todos los requisitos necesarios en el país de origen, ser legalizados por la autoridad competente, apostillados. Si estuvieren redactados en idioma extranjero, deberá acompañarse su traducción al español, que podrá ser simple..

ii. Descripción de la transacción: Se debe describir de forma detallada los elementos de la transacción, indicando:

- i. Agentes económicos involucrados: se debe Indicar, según corresponda, quienes se integran, quién adquiere, quién vende y el objeto de la transacción.
- ii. Tipo de transacción: indicar si se trata, por ejemplo, de compraventa de activos, acciones, establecimiento mercantil, fusión, *joint venture*, etc.
- iii. Actividades de las partes: Sectores de actividad de las partes y sus empresas relacionadas, así como los mercados en los que las actividades de las partes se superponen o se relacionan verticalmente.
- iv. Mercados afectados: indicación de los mercados en los que la concentración tendrá efectos.
- v. El plazo y forma de ejecución: indicar la fecha de cierre y etapas proyectadas de la transacción.
- vi. Los motivos de la transacción: indicar los objetivos estratégicos y económicos que se pretenden alcanzar con la operación.

iii. Identificación de los agentes económicos involucrados: Se deben señalar todas las partes intervinientes en el acto o contrato que resulta de la concentración: adquirientes, vendedores y sociedades adquiridas, cuando sea el caso¹⁸.

Para cada uno de ellos se debe indicar:

- a. Denominación social
- b. Cédula jurídica o su equivalente
- c. Lugar de incorporación

¹⁸ Al respecto se puede consultar la Sección IV.A.3. de esta guía para verificar cuáles son agentes económicos involucrados en cada tipo de concentración.

- d. Domicilio social
- e. Naturaleza o giro de las actividades comerciales
- f. Personas o empresas relacionadas que tengan actividades en Costa Rica, es decir, que pertenezcan al mismo grupo económico. Para las personas o empresas relacionadas se debe indicar nombre, denominación social, cédula jurídica o número de identificación y descripción de las actividades que realizan o tengan efecto en Costa Rica.

Ante la imposibilidad material o jurídica de determinar el vendedor u objeto de la transacción se podrá valorar la posibilidad de dispensa de información con respecto a esa parte. Por ejemplo, en algunas ofertas públicas de adquisición o cuando concurren varios enajenantes, resulta impráctico y a veces imposible identificar la identidad de todos los posibles vendedores (COFECE, 2020); o cuando se trata de adquisición hostil, en que el objetivo no esté dispuesto a cooperar para obtener la aprobación de la transacción.

En estos casos, se deberá presentar la información de aquellos enajenantes que tengan el control sobre el objeto de la transacción, así como toda información públicamente disponible sobre el objetivo, en el caso de adquisiciones hostiles, y un pedido de dispensa de la información no disponible, debidamente fundamentado sobre las razones de hecho y de derecho que imposibilita al solicitante presentarla.

iv. Identificación de estructura de capital social de las partes que se concentran: Se debe describir las diversas relaciones accionarias entre las empresas que conforman el grupo económico de las partes que pretenden concentrarse, señalando los porcentajes de tenencia del capital de las diferentes empresas del grupo (o su equivalente) e identificando a todos los accionistas directos o indirectos que ostentan el control de las partes, antes y después de la concentración. Esta información podrá presentarse por medio de un diagrama.

La descripción o el diagrama deben considerar los accionistas directos e indirectos en quienes recae el control de las sociedades involucradas en la concentración y que pudieran tener alguna influencia relevante o significativa en el manejo del agente económico resultante, independientemente de su participación en el capital social.

Asimismo, el solicitante deberá indicar la relación de control o influencia sobre la empresa resultante de la concentración, indicando las personas o entidades que tendrán control directo e indirecto sobre la empresa resultante, así como la forma en que cada interviniente participa y participará en la actividad o giro de la empresa resultante de la concentración, así como el aporte al capital accionario de esa empresa antes y posterior a la transacción (SUTEL).

En este punto, es relevante conocer la estructura de las partes que pretenden combinarse con la transacción. La estructura corporativa de la parte que transmite derechos y obligaciones (vendedora) será relevante únicamente si permanece como socia o accionista de la empresa objeto o de la adquiriente posterior a la transacción. De lo contrario, su estructura no deberá ser presentada (sobre este punto se podrán consultar más detalles en la Sección IV.A.3. de esta guía).

Documentos antecedentes: se debe aportar listado de todos los agentes económicos que pertenecen al mismo grupo económico de cada una de las partes de la transacción.

v. Descripción de la actividad de los agentes económicos: El solicitante deberá describir la actividad de los agentes económicos que se concentran, tanto en Costa Rica como en otros países, así como de sus empresas relacionadas que tengan actividades con efectos en Costa Rica.

Asimismo, el solicitante deberá identificar si la parte adquirente, sus subsidiarias, así como sus accionistas directos o indirectos, participan directa o indirectamente en la propiedad o administración de otros agentes económicos que desarrollen o pudieran desarrollar actividades en Costa Rica, con indicación de cuáles son estas actividades. Lo mismo aplica para la parte vendedora en caso de que esta permanezca como co-inversionista de la empresa resultante o accionista de la parte adquirente. (COFECE, 2020)

vi. Identificación de los mercados afectados: Descripción de los mercados afectados por la transacción, sus barreras de entrada, sus principales participantes y sus participaciones de mercado, incluyendo las participaciones de mercado de las partes de la concentración.

Serán mercados afectados por la transacción aquellos en los que operan las partes en Costa Rica, sea que se genera una sobreposición horizontal, una relación vertical o de conglomerado, según la descripción de las actividades de las partes realizada en el punto anterior.

Para cada mercado afectado, se debe indicar:

- Los productos o servicios ofrecidos o demandados por los agentes económicos involucrados, sus características, usos, y cobertura geográfica.
- Los bienes o servicios sustitutos de los indicados anteriormente, indicándose la razón en la que se fundamenta la sustituibilidad, así como sus características, usos, precios y cobertura geográfica.
- El nombre de las empresas que producen, distribuyen o comercializan los productos o servicios sustitutos en el territorio nacional.

- Las barreras de entrada.

- Los principales competidores y sus respectivas participaciones de mercado, si se conocen.

vii. Efectos de la concentración: El solicitante deberá presentar una descripción de los posibles efectos de la concentración. Para fines metodológicos, el solicitante deberá considerar en su análisis el escenario más adverso para la competencia, pudiendo considerar también otros escenarios.

El solicitante deberá indicar expresamente si considera que la transacción se beneficia de alguna de las hipótesis de presunción favorable del artículo 150 del Reglamento Ejecutivo a Ley 9736, si genera eficiencias específicas o si es una concentración de rescate para evitar la salida de un agente del mercado en perjuicio del consumidor, aportando las pruebas y las razones de hecho y de derecho que fundamentan esta aseveración.

Deberán también incluirse todas las restricciones accesorias a la competencia que implica la transacción, indicando su contenido, alcances y efectos esperados.

viii. Información adicional: aunque no sea obligatorio, el solicitante podrá presentar información adicional que pueda contribuir con el análisis de los efectos de la concentración.

V. TRÁMITE DE LA SOLICITUD

La Ley 9736 estableció un nuevo procedimiento de trámite de solicitud de concentración, conformándose ahora por dos etapas. En la primera fase, la SUTEL hace un análisis preliminar de la concentración para verificar si genera posibles riesgos de competencia. En la segunda fase, se analiza el mérito y fondo de las concentraciones que generen preocupación a la Autoridad por su posibilidad de generar efectos adversos a la competencia. A continuación, se detallan los plazos y elementos de verificación en cada fase.

A. Trámite de primera fase

Como se indicó, en la primera fase se realiza un análisis preliminar en cuanto a la posibilidad de la concentración de generar efectos adversos sobre la competencia. Esa etapa tendrá un plazo máximo de 30 días naturales a partir de que se presente la información completa.

A grandes rasgos, esta fase del procedimiento consta de las siguientes etapas:

- a. **Admisión de la solicitud:** Será admitida la solicitud de concentración que cumpla con los requisitos de información y documentos requeridos. Dentro de los primeros 15 días hábiles siguientes a la presentación inicial la SUTEL podrá prevenir al solicitante que corrija cualquier defecto detectado y presente la información o las aclaraciones solicitadas, otorgando un plazo de 15 días hábiles para ello. Si el solicitante no subsana la información prevenida en el plazo otorgado a efecto, se determinará el archivo del expediente y se tendrá por no presentada la gestión.
- b. **Publicación:** Recibida la solicitud de forma completa la SUTEL publicará un extracto de la concentración en su página web para informar a cualquier interesado sobre la operación que se están analizando, e invitando a cualquier interesado a que, dentro del plazo de 10 días hábiles, presente observaciones y documentos si así lo desean. La publicación es meramente informativa y no tendrá efecto sobre el computo del plazo de la primera fase.
- c. **Casos de presunción favorable:** La SUTEL verificará si la concentración se ajusta a alguno de los supuestos de presunción favorable del artículo 150 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736, en las cuales hay una presunción de la legitimidad de la concentración. De aplicarse alguna de las hipótesis, la Autoridad analizará si existe alguna prueba o información que revele la existencia de una situación específica que desvirtúe la presunción, pudiendo hacer las indagaciones e investigación razonablemente necesarias para ello.

- d. **Identificación de posibles riesgos para la competencia en el mercado:** En la primera fase, la Autoridad buscará valorar de forma preliminar las características del mercado, la dinámica de la competencia entre los agentes económicos y la posible pérdida de competencia que podría generar la concentración. Particularmente, la Autoridad considerará la existencia de factores que hacen que un mercado sea más vulnerable a los efectos coordinados y/o unilaterales de una concentración.

En caso de detectarse algún riesgo o preocupación sobre los posibles efectos de la transacción en el mercado se dará inicio a una segunda fase, aunque los riesgos inicialmente apuntados sean descartados posteriormente (Comisión Europea, 2004). Asimismo, la SUTEL podrá optar por la necesidad de una segunda fase cuando existan aspectos relevantes sobre la forma más apropiada de mitigar los efectos adversos sobre la competencia, en especial cuando no haya conformidad de opinión entre la Autoridad y los compromisos propuestos por el solicitante (FNE, 2012).

- e. **Resolución de primera fase:** Al finalizar la primera fase, la SUTEL podrá emitir una resolución en alguno de los siguientes sentidos: (i) Autorizar la concentración si no hay motivos para pensar que podría generar una afectación significativa a la competencia; (ii) Subordinar su autorización al cumplimiento de compromisos que hubiese propuesto el solicitante, de haberlos¹⁹; (iii) Declarar la necesidad de someterla a segunda fase si la ha identificado indicios de posibles efectos anticompetitivos y la necesidad de profundizar el análisis.

Esta primera etapa tendrá un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la notificación en forma completa de la concentración. Si el Órgano Superior no ha emitido su resolución una vez haya concluido el plazo para resolver, la concentración se tendrá por autorizada sin condiciones y sin necesidad de ningún trámite adicional o de pronunciamiento.

B. Trámite de segunda fase

Las principales características de la segunda etapa se exponen a continuación:

- a. **Audiencia e información adicional:** Al ordenar la segunda fase, la SUTEL emitirá una resolución fundamentada en la que informará sobre los motivos por los que considera la transacción podría potencialmente generar riesgos al proceso de competencia, e indicará los documentos y la información adicionales que requiere para analizar detalladamente la concentración. En ese mismo acto, le otorgará una audiencia al solicitante para presentar alegaciones y pruebas adicionales que considere convenientes. El solicitante tendrá un plazo de 10 días hábiles para responder.

¹⁹ Aún en caso que la solicitud inicial no incluya una propuesta de compromisos, el solicitante podrá formularla en cualquier momento, y de ser aceptados por la SUTEL, podrá autorizarse la concentración de forma condicionada, sin necesidad de la segunda fase del procedimiento.

La SUTEL podrá solicitar cualquier información que considere razonablemente relevante para el análisis y que tenga pertinencia con los riesgos identificados. Es decir, la información adicional deberá estar relacionada con los aspectos que generan preocupación y que ameritaron la apertura de la segunda fase, o bien sobre aquellos elementos necesarios para demostrar las posibles eficiencias de la transacción.

A continuación, y solo de manera enunciativa, se presenta un listado de información que podría ser requerida por la Autoridad. El listado pretende guiar a los notificantes sobre lo que podría ser necesario para realizar el análisis en segunda fase, pero no limita las facultades de la SUTEL de solicitar cualquier información que razonablemente estime oportuna y conveniente para el análisis de los efectos de la concentración, y esté directamente relacionada con las preocupaciones identificadas en la primera fase:

- Estructura de la demanda: Al solicitante le podrá ser requerido presentar: i) listado de clientes, con dirección, contacto, valor de compras en los últimos 5 años; ii) existencia de exclusividad, discriminación, beneficios y/o larga duración en las relaciones contractuales con clientes; iii) servicios de atención a clientes pre/post venta y su relevancia para la relación de compra, iv) existencia de política de precios unificada para el territorio donde opera o si hay diferenciaciones, v) existencia de fidelidad de marca; vi) existencia de efecto de red; vii) preferencia del consumidor por compras de portafolio; viii) customización o uniformización de productos; ix) facilidades de pago; x) existencia de costos y tiempo de transferencia o cambio de proveedor, xi) estimación de crecimiento de la demanda, xii) forma de adquisición del producto (por ejemplo, compras directas en mayorista o minorista, compras públicas, licitaciones, presentación de propuestas); xiii) perfil del consumidor o cliente y posibilidad de segmentación; los contratos suscritos con los clientes en los últimos 3 años (CADE, 2012) (FNE, 2017).
- Estructura de la oferta: Al solicitante se le podrá solicitar: i) estrategias de ventas, ii) políticas de precios y/o mecanismos de determinación de precios de los productos o servicios; iii) los sistemas productivos y los sistemas de distribución, comercialización y servicios empleados y existentes en el mercado (si la distribución es integrada o se efectúa por terceros, si es ofrecida como parte del producto o si se vende por separado, si hay contratos de distribución exclusivos); iv) señalar si existen mercados secundarios asociados y sus características; v) referirse a la necesidad de contar con productos en stock, así como al stock disponible en el mercado; vi) presentar estimación de participación según el volumen de venta antes y después de la operación, así como sus variaciones en los últimos 5 (cinco) años; vii) listado con nombre, dirección y teléfono de los principales competidores del

mercado; viii) estimación de costos de transporte y su composición sobre el precio; viii) estimación de las exportaciones en comparación con las ventas del mercado interno (FNE, 2017) (CADE, 2012).

- Análisis de poder coordinado: El solicitante deberá identificar si el mercado se caracteriza por pocos participantes y si las estructuras de costos son similares para todas las empresas, según la información que conste en su poder. Asimismo, se le podrá solicitar identificar: i) si las fuentes de insumos y componentes son comunes a todos los participantes del mercado, ii) si existen relaciones comerciales y/o patrimoniales entre las partes y competidores del mercado que sean preexistentes a la transacción; iii) si alguna de las partes ya fue investigada o sancionada de una práctica absoluta en Costa Rica o en el exterior; iv) si la estructura de la demanda es estable y si hay constante innovación en el mercado (CADE, 2012)
- Análisis de condiciones de entrada y rivalidad: Al respecto deberá aportarse información referente a barreras de mercado, capacidad de expansión de competidores y posibilidad de cierre.

Específicamente, si las partes u otros agentes del mercado se caracterizan por estructuras verticalizadas, deberá referirse a: i) la existencia de barreras legales o reglamentarias; ii) barreras de acceso a insumos; iii) barreras técnicas o tecnológicas; iv) existencia de patentes o "know how" característico del mercado; v) importancia de economías de escala y de alcance para la producción, distribución o comercialización de los productos o servicios; vi) costos de inversión irre recuperables y su relevancia para la actividad; vii) escala mínima viable para un nuevo entrante efectivo, en términos de valor y volumen de venta; viii) necesidad de integración vertical para actuar efectivamente en el mercado; ix) tiempo de entrada efectiva, desde planeamiento hasta inicio de operación; x) estimación de capacidad productiva; xi) utilización actual de la capacidad productiva; xii) nivel de capacidad ociosa; xiii) capacidad de competidores o entrantes de absorber un porcentaje relevante de la demanda ante un eventual aumento de precio; xiv) listado de nuevos entrantes, indicando dirección y contacto; xv) facilidad de salida del mercado indicando ejemplos de salientes; estrategias de rivalidad (CADE, 2012).

- Análisis del poder de compra: El solicitante deberá suministrar: i) listado de proveedores de insumo, con dirección y contacto; ii) condiciones de adquisición de insumo; iii) costos de transferencia de cliente para los proveedores de insumo; iv) listado de clientes alternativos para los proveedores de las partes; v) existencia de poder compensatorio por parte de los proveedores, indicando su magnitud y forma de ejercicio (CADE, 2012, pág. 21).

- Análisis contrafactual: descripción de los mercados relevantes, en especial de sus relaciones de competencia futuras si la operación no se realizase por algún motivo (CADE, 2012).
 - Análisis de eficiencia: De invocarse ganancias de eficiencia de la transacción, deberá aportar los documentos y medios de prueba que las evidencien, tales como: i) reducción de costos y/o desarrollo de mejores productos; ii) cuantificación de las eficiencias y su forma de cálculo; iii) forma en que las eficiencias serán trasladadas al consumidor; iv) razones por las que las eficiencias no pueden ser alcanzadas por otro medio si no por la transacción (FNE, 2017, pág. 24).
 - Motivo y objetivo de la transacción: La Autoridad podrá solicitar documentación que explique el objetivo y motivo de la concentración. Esto debe entenderse como documentos producidos internamente por o para las partes a fin de que tomen sus decisiones individuales, en el marco de la negociación, así como los que se hayan intercambiado. Estos documentos pueden ser presentaciones, prospectos de venta o compra, planes de negocios, así como evaluaciones y análisis del impacto de la operación sobre las participaciones de mercado, competidores, clientes, distribuidores, expansión de la producción y disminuciones de costos (COFECE, 2020).
- b. Herramientas de investigación:** La SUTEL está facultada para solicitar información a cualquier otra persona, agente económico, entidad pública o privada con el fin de investigar los posibles efectos de una concentración en el mercado. También considerará las opiniones de terceros interesados que han tomado la iniciativa de presentar comentarios al procedimiento de concentraciones.
- c. Análisis de la información:** La SUTEL procederá con el análisis de la información de conformidad con lo expuesto en la Guía de Análisis de Concentraciones y deberá verificar la posibilidad de la concentración de obstaculizar de forma significativa la competencia. El análisis se enfocará en los posibles efectos de la transacción en el mercado, y no en el tamaño de las partes y su poder en el mercado.
- d. Resolución de segunda fase:** En segunda fase, la SUTEL deberá emitir resolución en que podrá: (i) Autorizar la concentración sin condiciones; (ii) Autorizar la concentración condicionada al cumplimiento de compromisos presentados; (iii) Autorizar la concentración con condiciones o remedios adicionales; (iv) Rechazar la concentración.

El plazo para emitir la resolución de segunda etapa es de 90 días naturales a contar de la fecha en que la información solicitada esté completa y aportada a la Autoridad. Si el Consejo de la SUTEL no ha emitido su resolución, una vez hayan concluido el plazo para

resolver antes indicado, la concentración se tendrá por autorizada sin condiciones y sin necesidad de ningún trámite adicional o de pronunciamiento de la SUTEL.

En cualquier momento durante la segunda fase el solicitante podrá, si lo desea, presentar una propuesta de compromisos para mitigar los posibles efectos adversos de la concentración sin necesidad de esperar a la resolución final.

C. Otros temas procedimentales

Además de lo ya expuesto, sobre el procedimiento de análisis de concentraciones, es importante aclarar los siguientes aspectos:

1. Confidencialidad de la información

El solicitante podrá solicitar el tratamiento confidencial de la información que contenga la solicitud o de la documentación adjunta, cuando, en su criterio, esta contenga información que puede conferir a la otra parte o a terceros un privilegio indebido, una ventaja competitiva o una oportunidad para dañarlo ilegítimamente, lo cual deberá justificar en cada caso.

En el caso de la solicitud, se deberá presentar una versión de la notificación identificada en su primera página como "Versión CONFIDENCIAL". La documentación e información aportada de forma confidencial se mantendrá provisionalmente como tal hasta tanto no sea clasificada.

Adicionalmente, el solicitante deberá presentar una versión de la notificación identificada en primera página como "Versión PÚBLICA" que conformará el expediente principal y deberá contener los elementos suficientes que permitan la amplia comprensión por parte de terceros interesados en la concentración.

Corresponderá a la SUTEL la concesión o no del tratamiento confidencial de la información suministrada de conformidad con la Guía de Manejo de Información Confidencial.

2. Reuniones de trabajo

Las partes o la Autoridad podrán solicitar reuniones de trabajo para analizar y aclarar la información aportada al expediente, el contenido de las propuestas o las preocupaciones de competencia correspondiente. La reunión podrá darse con miembros del Órgano Técnico o del Consejo de la SUTEL.

Las reglas para las reuniones de trabajo entre interesados y los miembros de la Autoridad son:

- a. El interesado o la Autoridad podrán solicitar la reunión por medio de correo electrónico institucional, indicando el número de expediente, el agente económico interesado, el nombre y calidad de los quienes asistirán, el motivo de la reunión, y tres opciones de fecha y hora para la reunión.
- b. Deberán estar presentes al menos dos funcionarios de la SUTEL en las reuniones;
- c. Se deberá consignar un acta de la reunión, la cual deberá ser firmada por todos los asistentes. En caso de que la reunión se dé por medios electrónicos, esta podrá ser grabada, en cuyo caso la grabación suplirá el acta. El acta o la grabación deberán incorporarse al expediente.

Lo discutido en estas reuniones no prejuzgará sobre lo que resuelva el Consejo de la SUTEL en relación con la concentración y no podrá tenerse como un adelanto de criterio respecto de la resolución final.

3. Dispensa de aportar información

Cuando los agentes económicos no cuenten con alguna información requerida por ley o solicitada por la Autoridad, así podrán manifestarlo, bajo declaración jurada, dando de que la información solicitada no está disponible o aportarla implica un esfuerzo irracional. Según dispone el artículo 137 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736, esta dispensa también podrá otorgarse, de oficio, si la SUTEL considera que la información pendiente resulta notoriamente irrelevante para el análisis, por lo que puede obviarse.

En caso de declarar falsamente, el agente económico podrá ser acreedor de una sanción económica en términos del artículo 119, "d" de la Ley 9736, de hasta 5% del volumen de negocios del infractor.

4. Participación de terceros y acceso al expediente

Como se indicó antes, los terceros interesados podrán manifestarse en relación con la concentración notificada, dentro del plazo de diez días hábiles contado a partir de la publicación de la concentración, y presentar la información y prueba relevante para efectos del análisis de la concentración por parte de la SUTEL.

De conformidad con el artículo 135 del Reglamento a la Ley 9736, las partes de la transacción tendrán acceso al respectivo expediente salvo a la información confidencial de las otras partes o de terceros.

Los terceros interesados no son parte en el procedimiento, por lo que podrán tener acceso únicamente a las piezas del expediente declaradas como públicas. Asimismo, por no ser considerado como parte en el procedimiento, no podrán impugnar los actos que se emitan en este.

5. Desistimiento

Una vez notificada la concentración y antes de que la SUTEL emita la resolución de la etapa correspondiente, las partes podrán decidir suspender su ejecución o desistir de realizarla; en este caso, deberán poner esta circunstancia, inmediatamente, en conocimiento de la Autoridad.

El desistimiento resultará en el archivo definitivo del expediente sin más trámite por la SUTEL. En caso de que las partes decidan retomar la concentración, deberán presentar nueva solicitud.

D. Resolución de fondo de segunda etapa

Las resoluciones de fondo de la Autoridad en segunda etapa podrán tener el siguiente contenido:

- a. Autorización incondicional:** La SUTEL deberá autorizar la concentración sin condiciones cuando, dada la información de la que disponga, no se determine que la operación notificada, de concretarse, pueda afectar sustancialmente la competencia.
- b. Autorización sujeta a compromisos:** Los compromisos pueden ser ofrecidos en cualquier momento sea de la primera o de la segunda etapa del procedimiento de concentraciones. En caso de que el solicitante no hubiese ofrecido compromisos y la Autoridad considere que los efectos anticompetitivos previsibles podrían ser contrarrestados, emitirá resolución concediéndole un plazo hasta de (30) treinta días hábiles al solicitante, contado a partir de la firmeza de la resolución de segunda fase, para que presente una propuesta de compromisos.
- c. Autorización sujeta a condiciones o remedios adicionales:** Si las partes han ofrecido compromisos, y la SUTEL decide imponer condiciones distintas de las contenidas en la propuesta, otorgará al solicitante un plazo de (20) veinte días hábiles, para manifestar su conformidad o no con las condiciones adicionales. En caso de que el solicitante manifieste su conformidad con las condiciones o remedios adicionales, se tendrá por aprobada la concentración con las condiciones impuestas. De lo contrario, si el solicitante manifiesta su disconformidad o si omite referirse sobre las condiciones, el silencio se entenderá igualmente como un rechazo de estas, lo que resultará la denegatoria de la concentración.
- d. Rechazo de la concentración:** La SUTEL no autorizará las concentraciones que puedan obstaculizar significativamente la competencia en el mercado y que, además, no concurren otros motivos que ameriten su aprobación. El rechazo de una concentración no impide que sea nuevamente presentada al control de la

Autoridad si las condiciones del mercado han cambiado. Para eso, al presentar la nueva solicitud es necesario demostrar los cambios de mercado que ameritan su autorización.

E. Excepción de empresa en crisis

En casos excepcionales, la SUTEL autorizará concentraciones que generen efectos anticompetitivos si el interesado invoca la excepción conocida como "empresa en crisis" (o expresiones similares). En estos casos, y sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, la concentración será aprobada por la inminente salida del mercado de los activos que pretenden ser adquiridos²⁰.

Para aplicar este criterio, el interesado deberá cumplir con lo siguiente:

- a. Invocar expresamente la excepción.
- b. Demostrar que la empresa objetivo enfrenta una situación insalvable que provocará su salida inminente del mercado en el corto plazo.
- c. Demostrar que no existen alternativas razonables de venta de la empresa objetivo que sean menos perjudiciales para el proceso de competencia que la transacción propuesta.
- d. Demostrar que, de no ser por la concentración, la salida del mercado de la empresa objetivo será inevitable.

Los anteriores puntos podrán demostrarse utilizando cualquier medio de prueba permitido por Ley. Por lo general, el escenario de salida de la empresa objetivo se debe a motivos financieros, por lo que la prueba contable tendrá especial importancia en estos casos. Sin embargo, es posible que la salida inminente de la empresa obedezca a otras razones, por lo que se admitirán también otros tipos de prueba que sirvan para demostrar la causa de salida que se invoca como fundamento. Por lo general, se le dará más importancia y credibilidad a pruebas que no hubiesen sido preparadas especialmente para la concentración (OFT, 2017).

F. Archivo de la solicitud

La SUTEL podrá archivar la solicitud sin pronunciarse sobre el fondo en las siguientes hipótesis:

- a. Si la transacción no está sujeta a notificación (por no configurar una concentración o no estar cubierta por algunas de las excepciones indicadas);

²⁰ Sobre los criterios de fondo utilizados para alorar esta excepción puede consultarse la "Guía de Análisis de Concentraciones" (SUTEL, 2021). En esta guía se abordarán únicamente los aspectos relacionados con el procedimiento que se relacionan con este tema.

- b. Si las partes desisten de la operación o si la SUTEL tiene información fidedigna de que no existe intención de las partes de realizarla;
- c. Si las partes omiten información o documentos solicitados por la Autoridad durante el procedimiento.
- d. Cuando, ante la prevención de notificación defectuosa, el solicitante omite presentar la información solicitada en el plazo concedido al efecto.

El archivo del expediente en las hipótesis anteriores implica que se tiene por no presentada la gestión. Es decir, el archivo del expediente no impide que las partes presenten otra vez la notificación de concentración.

G. Consulta previa a COPROCOM

Previo a dictar la resolución final del procedimiento de análisis de concentraciones por parte del Consejo de la SUTEL, el Órgano Técnico debe solicitar el criterio técnico de COPROCOM. COPROCOM deberá rendir su criterio técnico dentro de los quince días hábiles siguientes al recibo de la solicitud. Durante ese periodo, se suspende el plazo del procedimiento especial.

El criterio técnico de COPROCOM no es vinculante para SUTEL; sin embargo, para apartarse del criterio, la resolución debe cumplir los siguientes requisitos: (1) tomarse por mayoría calificada en el seno del Consejo de SUTEL; (2) estar debidamente motivada de conformidad con el artículo 136.1.c) de la LGAP.

H. Publicación de las resoluciones

La SUTEL podrá publicar las resoluciones finales de los procedimientos de concentración, y comunicarlas al público por los medios usuales. Estas publicaciones y comunicaciones deberán siempre resguardar la confidencialidad de la información y documentos que tengan tal carácter, y procederá una vez que la resolución hubiese sido notificada a las partes y se encuentren firmes.

I. Colaboración con otras autoridades

La SUTEL podrá colaborar con otras autoridades de competencia nacionales y extranjeras para el mejor trámite de concentraciones, en el marco de lo que establezcan los acuerdos o convenios de cooperación que hubiese firmado con éstas.

Producto de esta cooperación, se podrá intercambiar información confidencial únicamente en aquellos casos en que los interesados que aporten dicha información así lo autoricen,

y sujeto a que el receptor de la información aporte garantías suficientes que permitan confiar en un adecuado resguardo de dicha información.

La información que se reciba de otras autoridades se presumirá auténtica, salvo prueba en contrario.

J. Infracciones y sanciones

El incumplimiento de ciertas normas del procedimiento de notificaciones está sujeto a sanciones, las cuales pueden ser agravadas si resultan en la configuración de una concentración ilícita, como se detalla a continuación:

- a. **Notificación tardía:** Se entiende por notificación tardía aquella efectuada después de la realización de actos tendientes a ejecutar la transacción. Se trata de una infracción leve, sancionable según la Ley con una multa de 5 a 30 salarios base.
- b. **Ausencia de notificación:** Omitir la notificación de una concentración que está sujeta al control obligatorio es una infracción grave sujeta una multa de hasta el 0,5% de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.
- c. **Concentración ilícita:** Si la concentración cuya notificación se omitió tiene, además, el objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia del mercado se considerará una concentración ilícita, que es una infracción muy grave. En este caso la Autoridad podrá ordenar la desconcentración, parcial o total, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. Igualmente, podrá imponer una multa de hasta un 1% de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

K. “Gun Jumping”

Se conoce como *gun jumping* la consumación anticipada de la concentración aún pendiente de autorización por parte de la autoridad. Es decir, cuando la concentración se ejecuta y empieza a surtir efectos en el mercado antes que la Autoridad haya emitido su resolución en el procedimiento de análisis de concentración. Es una infracción grave que puede ser sancionada con medidas de corrección y multa, y puede ser agravada si la concentración tiene efectos anticompetitivos en el mercado.

Las actividades que pueden llevar a la consumación previa de la concentración pueden ser de tres tipos: (CADE, 2015)

- a. Intercambio de información entre agentes económicos participantes en la concentración, se trata del intercambio de información sensible a la dinámica

competitiva del mercado y que versan sobre la actividad fin del agente económico, tales como:

- Estructura de costos operacionales;
 - Capacidad y planes de expansión;
 - Estructura de precios actuales y futuros (por ejemplo, precios reales, descuentos y rebajas, o cualquier otra variable que influya en la formación del precio);
 - Estrategias de ventas y producción actual y futura (por ejemplo, estrategias de venta, volúmenes, rotaciones y cuotas de mercado);
 - Planes comerciales actuales y futuros (incluido el desarrollo de productos, estrategias de mercadeo, planes y estrategias promocionales, en relación con las licitaciones);
 - Información sobre costos o proveedores de insumos;
 - Principales clientes y descuentos asegurados;
 - Proveedores y condiciones contractuales;
 - Planes de inversión (ej. Investigación y desarrollo);
 - Ofertas en licitaciones.
- b. Establecimiento de cláusulas contractuales que limitan el comportamiento entre los agentes involucrados en la transacción: se trata de estipulaciones contractuales que limitan el comportamiento competitivo de una de las partes, y que establezcan condiciones que no puedan ser revertidas en momento posterior, cuando dé la emisión de la resolución por la Autoridad. Ejemplos de este tipo de cláusulas son:
- Cláusula de no competencia previa;
 - Cláusula de pago anticipado por el objeto de la operación, no rembolsable;
 - Cláusula que permitan injerencia en el comportamiento competitivo de una de las partes, por ejemplo, autorización para estrategias de marketing, precio y ventas, que no tengan relación con la protección del valor del negocio alienado.
- c. Consumación efectiva de la transacción: actividad, aunque parcial, que implica la consumación del objeto de la transacción, como:

- Transferencia de activos;
- Ejercicio de derecho de voto sobre estrategias de negocio;
- Desarrollo de estrategias de negocio en conjunto;
- Integración de fuerza de venta o compra;
- Recibo de lucros por la actividad de la contraparte;
- Desarrollo de productos en conjunto;
- Indicación de miembros de dirección.

El listado anterior es meramente ejemplificativo, lo que no impide que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, algunas actividades podrían ser consideradas ilícitas por la SUTEL por cuanto implican la consumación anticipada de la concentración.

Referencias

(CADE), C. A. (02 de abril de 2020). *Regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Obtenido de https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/regimento-interno-cade-2020.pdf?_ga=2.26556989.1092457447.1610577023-188316655.1610577023

Autorité de la Concurrence. (2020). *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*. Francia: Autorité de la Concurrence.

Broberg, M. (1996). Geographic Allocation of Turnover under the Merger Regulation. *World Competition: Law and Economics Review*.

CADE. (02 de abril de 2020). *Regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Obtenido de https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/regimento-interno-cade-2020.pdf?_ga=2.26556989.1092457447.1610577023-188316655.1610577023

CADE, C. A. (29 de mayo de 2012). Resolução N. 2 de 2012. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei n. 12.529. Brasília, Brasil: CADE.

CADE, C. A. (Mayo de 2015). Guía para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica. Brasília, Brasil: CADE. Obtenido de <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>

Chile, R. d. (30 de agosto de 2016). *Decreto Ley n. 211 que fija normas para la defensa de la competencia*. Obtenido de Fiscalía Nacional Económica: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf

COFECE. (09 de octubre de 2015). *Guía de Notificación de Concentraciones Económicas*. México: Comisión Federal de Competencia Económica.

COFECE, C. F. (2020). *Anteproyecto de Modificación a la Guía para la Notificación de Concentraciones*. Obtenido de <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/10/ANTEPROYECTO-DE-MODIFICACION-A-LA-GUIA-PARA-LA-NOTIFICACION-DE-CNTs.pdf>

Comisión Europea. (1998). *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*.

Comisión Europea. (29 de enero de 2004). *Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Obtenido de

Diario Oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=ES>

Comisión Europea. (16 de abril de 2008). *Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01)*. Unión Europea. Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

Comisión Europea. (16 de abril de 2008). *Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01)*. Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

Contraloría General de la República. (18 de agosto de 2015). *Resolución de la División de Contratación Administrativa nº R-DCA-631-2015*. San José: https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/jaguar/sad_docs/2015/R-DCA-631-2015.pdf.

COPROCOM , Voto Nº 40-2016 (Comisión para Promover la Competencia 10 de Agosto de 2016).

COPROCOM, Opinión OP-17-18 (Comisión para Promover la Competencia 2018).

COPROCOM, Opinión OP-14-20 (Comisión para Promover la Competencia 2020).

COPROCOM Voto Nº 10-2020 (Comisión para Promover la Competencia 2020).

COPROCOM Voto Nº 40-2016, Procedimiento administrativo ordinario contra las empresas Aditi S.A. y La Nación S.A. (Comisión para Promover la Competencia 10 de Agosto de 2016).

FNE. (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*. Chile: Fiscalía Nacional Económica. Obtenido de <https://www.fne.gob.cl/guia-operaciones-de-concentracion/>

FNE. (2017). Formulario de Notificación Ordinario. *Formulario de Notificación Ordinario*. Chile: Fiscalía Nacional Económica.

FNE. (2019). *Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile*. Chile: Fiscalía Nacional Económica.

Fração, A. (2015). Direito concorrencial das estruturas . En F. U. Coelho, *Tratado de Direito Internacional*. Vol. 6 (págs. 429-469). São Paulo: Saraiva.

Goyder, D. (1998). *EC Competition Law*. Londres: Oxford EC Law Library.

Gutermuth, A., Ratliff, J., & Voelcker, S. (2004). *Guide To EC Merger Regulation. Fourth edition*. Bruselas: Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP.

Hovenkamp. (1999). *Federal antitrust police*.

ICN. (2017). *ICN Recommended Practices for Merger Notificacion and Review Procedures*. International Competition Network.

ICN. (Abril de 2018). *International Competition Network Merger Working Group*. Obtenido de ICN Recommended Practices for Mergers, notificación and review procedures: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

ICN, I. C. (2007). *Defining Merger Transactions for Purposes of Merger Review*. Obtenido de ICN Reports: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/defining-merger-transactions-for-merger-review/>

Ley n. 7472. (20 de diciembre de 1994). Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. . San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa de la Republica de Costa Rica.

Ley n. 9736. (05 de setiembre de 2019). Ley de fortalecimiento de las autoridades de competencia de Costa Rica. San José, Costa Rica.

OCDE. (2010). *THE STANDARD FOR MERGER REVIEW, WITH A PARTICULAR EMPHASIS ON COUNTRY EXPERIENCE WITH THE CHANGE OF MERGER REVIEW STANDARD FROM THE DOMINANCE TEST TO THE SLC/SIEC TEST*. Organisation for Economic Co-operation and Development.

OFT. (2017). *Merger assessment guidelines*. Reino Unido: Office of Fair Trade.

OFT. (2017). *Merger assessment guidelines*. Reino Unido: Office of Fair Trade.

SUTEL, RCS-408-2018 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2018).

SUTEL, RCS-022-2020 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2020).

SUTEL. (s.f.). *Explicación sobre los requisitos formales para presentar una solicitud de autorización de concentración*. Obtenido de Superintendencia de Telecomunicaciones: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/explicacion_requisitos_de_concentracion.pdf

SUTEL RCS-231-2018 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2018).

ANEXO UNO: FORMULARIO DE NOTIFICACIÓN

I. INDICACIONES GENERALES

Al completar este formulario debe tener en cuenta lo siguiente:

- A. Firma y autenticación:** La solicitud debe estar firmada por un representante con poderes suficientes, y autenticada por un abogado.
- B. Versiones Pública y Confidencial:** Deberá presentarse una versión pública y otra confidencial de la solicitud y los documentos adjuntos. La versión pública consistirá en el mismo documento que contiene información confidencial, al cual se le deberá cubrir, tachar o marcar de forma visible la información que considera confidencial, dejando claro donde se hicieron las alteraciones al documento original. La determinación final sobre la confidencialidad de la información corresponderá a la SUTEL, la cual podrá requerir al solicitante modificar la versión pública.
- C. Idioma y traducciones:** La solicitud y los documentos relevantes deberán ser presentados en idioma español. Los documentos expedidos fuera de Costa Rica deberán ser legalizados, apostillados y traducidos al español, lo cual deberá ser hecho por la parte.

Si uno o más documentos escritos originalmente en idioma extranjero son de una extensión considerable, deberán presentarse de forma íntegra en idioma original, y podrán ser acompañados de una traducción parcial de los aspectos relevantes, sin perjuicio de que la Autoridad pueda solicitar se amplíe la traducción, cuando lo considere pertinente.

- D. Lugar y formato de Notificación:** La solicitud deberá ser dirigida a la SUTEL y presentarse por escrito, en formato digital por medio electrónico, al correo gestiondocumental@sutel.go.cr

Se admite también la presentación de la solicitud en forma física en las oficinas de la SUTEL en el Oficentro Multipark, Edificio Tapantí, Tercer Piso ubicado en San José, Escazú, San Rafael, , la cual deberá acompañarse de una copia en formato digital.

Lo anterior no obsta para que SUTEL pueda exigir la entrega de determinados documentos en formato físico o impreso, como, por ejemplo, documentos oficiales, documentos que requieren protocolización notarial o apostilla.

Toda copia digital será remitida en formato que permita su revisión mediante la utilización de criterios de búsqueda, salvo que se trate de documentos por cuya naturaleza sea materialmente imposible.

- E. Declaración jurada:** Deberá indicarse expresamente que el solicitante conoce las penas que la Ley establece para el perjurio, y manifestar que se declara bajo juramento la veracidad de la información y autenticidad de los documentos aportados.

El presente formulario es un Anexo de la Guía de Notificación de Concentraciones, la cual detalla y explica los requisitos de la notificación. Favor remitirse a dicho documento en caso de duda sobre los alcances de alguno de los requisitos o del trámite a seguir.

II. INFORMACIÓN GENERAL

Indique la siguiente información:

Información del solicitante	<i>Indicar la denominación o razón social, el número de cédula jurídica u otro de identificación, el lugar de incorporación y el domicilio social del o los agentes económicos solicitantes.</i>
Información del representante o apoderado	<i>Señalar el nombre completo y calidades legales de la persona que actúa en representación del solicitante, indicando estado civil, profesión u oficio, domicilio y número de documento de identificación.</i>

Adjuntar:

- Personería de la sociedad solicitante, o los documentos correspondientes en el caso de sociedades extranjeras que acrediten la existencia de la sociedad y su representación legal, expedidos de conformidad con las leyes de su domicilio.
- En caso de que la solicitud sea presentada por un apoderado especial, aportar Poder Especial Administrativo para la Notificación, de conformidad con el artículo 1256 del Código Civil, con firma autenticada y los timbres exigidos legalmente. Si el poder es emitido en el extranjero deberá ser legalizado por la autoridad competente, apostillado y traducido al idioma español.

III. DESCRIPCIÓN DE LA CONCENTRACIÓN

Agentes económicos involucrados	Indicar, según corresponda, quienes se integran, quién adquiere, quién vende y el objeto de la transacción.
Tipo de transacción	Indicar si se trata, por ejemplo, de compraventa de activos, acciones, establecimiento mercantil, fusión, <i>joint venture</i> , etc.
Actividades de las partes	Indicar los sectores de actividad de las partes y sus empresas relacionadas, así como los mercados en los que las actividades de las partes se superponen o se relacionan verticalmente.
Mercados afectados	Indicar mercados en los que la concentración tendrá efectos.
El plazo y forma de ejecución	Indicar la fecha de cierre y etapas proyectadas de la transacción.
Motivos de la transacción	Indicar los objetivos estratégicos y económicos que se pretenden alcanzar con la operación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AGENTES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

Para cada uno de los intervinientes en la concentración (adquirientes, vendedores y sociedades adquiridas, según corresponda a cada tipo de concentración) indicar: razón social, cédula jurídica o su equivalente, lugar de incorporación; domicilio social, naturaleza o giro de las actividades comerciales, personas o empresas relacionadas que tengan actividades en Costa Rica, es decir, que pertenezcan al mismo grupo económico. Para las personas o empresas relacionadas se debe indicar nombre, razón social, cédula jurídica o número de identificación y descripción de las actividades que realizan o tengan efecto en Costa Rica.

VI. ESTRUCTURA DE CAPITAL SOCIAL

Para cada uno de los intervinientes mencionados en el punto anterior, se deberán describir las diversas relaciones accionarias entre las empresas que conforman el grupo económico al que pertenezcan, señalando los porcentajes de tenencia del capital de las diferentes empresas del grupo (o su equivalente) e identificando a todos los accionistas directos o indirectos que ostentan el control de las partes antes y después de la concentración.

Esta información podrá presentarse por medio de un diagrama.

Nota: La estructura corporativa de la parte que transmite derechos y obligaciones (vendedora) será relevante únicamente si permanece como socia o accionista de la empresa objeto o de la adquiriente posterior a la transacción. De lo contrario, no será necesario aportar su estructura de capital social.

VII. ACTIVIDADES DE LOS AGENTES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

Naturaleza y descripción de las actividades que realizan los agentes económicos involucrados en la concentración y las demás personas físicas o jurídicas mencionadas en el punto anterior, tanto en Costa Rica como en otros países.

VIII. MERCADOS AFECTADOS

Para cada uno de los mercados en Costa Rica en los que operan los intervinientes mencionados, deberá indicarse: los productos o servicios ofrecidos, sus características, usos, y cobertura geográfica; los bienes o servicios sustitutos de los indicados anteriormente, especificándose la razón en la que se fundamenta la sustituibilidad, así como sus características, usos, precios y cobertura geográfica; el nombre de empresas que producen, distribuyen o comercializan los productos o servicios sustitutos en el territorio nacional; las barreras de entrada; los principales competidores y respectivas participaciones de mercado.

IX. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

Describir la condición de operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones de las partes de la transacción que genera la obligación de notificar, con identificación del título habilitante.

X. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN

Descripción de los posibles efectos de la concentración. Para fines metodológicos, el solicitante deberá considerar en su análisis el escenario más adverso para la competencia, pudiendo considerar también otros escenarios.

En esta sección deberá indicar expresamente si considera que la transacción se beneficia de alguna de las hipótesis de presunción favorable del artículo 150 del Reglamento a Ley 9736, si genera eficiencias específicas o si es una concentración de rescate para evitar la salida de un agente del mercado en perjuicio del consumidor, aportando las pruebas y las razones de hecho y de derecho que fundamentan esta aseveración.

XI. INFORMACIÓN ADICIONAL

OPCIONAL: Presentar información adicional que considere útil para el análisis de los efectos de la concentración.

XII. COMPROMISOS

OPCIONAL: Si lo desea, puede ofrecer en esta sección compromisos para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de la concentración planteada.

XIII. DISPENSA PARA APORTAR DOCUMENTOS

En caso de requerir se le dispense la presentación de algún documento o información, indicarlo en esta sección junto con las razones que lo justifican.

XIV. NOTIFICACIONES

Indicar el medio señalado para recibir notificaciones sobre esta gestión

XV. CONFIDENCIALIDAD

Indicar expresamente las partes de la solicitud que considera confidenciales, adjuntando una versión pública y otra confidencial de la solicitud conforme lo indicado en el párrafo B. de las indicaciones generales

XVI. FIRMA Y FECHA

Conociendo las penas con que la Ley castiga el perjurio, declaro bajo juramento que la totalidad de la información y documentos aportados son veraces y auténticos.

Firma debidamente autenticada y fecha

