

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES



Marzo de 2022



Índice de contenido de la guía

TABLA DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. OBJETO Y PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES	7
A. Definición de concentración	8
B. Tipos de concentraciones	9
1. Concentraciones horizontales	10
2. Concentraciones verticales	10
3. Concentraciones de conglomerado	11
III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE	12
A. Definición de mercado de producto	15
1. Sustitución por la demanda	15
2. Sustitución por la oferta	17
B. Definición de mercado geográfico	18
C. Otras dimensiones de mercado a considerar	20
1. Dimensión funcional	20
2. Dimensión temporal	21
3. Categorías diferenciadas de clientes/consumidores	21
D. Definición de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones	22
IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO	24
A. Análisis de dos fases	25
B. Identificación de características de los mercados afectados	26
C. Criterios de presunción favorable	27
D. Naturaleza prospectiva del análisis	28
E. Estándar de análisis: Obstaculización significativa a la competencia	29
F. Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones	32
1. Teorías del daño en el análisis de la concentración	32
2. Efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales	34
3. Efectos anticompetitivos de las concentraciones verticales	38
4. Efectos de las concentraciones de conglomerado	41
G. Escenario contrafáctico y causalidad entre la transacción y los efectos anticompetitivos	44
H. Elementos de análisis	45
1. Participantes, participaciones y concentración de mercado	46
2. Barreras de entrada o expansión de competidores en el mercado	50

3. Competidores actuales y potenciales	52
4. Acceso a fuentes de insumos, a proveedores y a clientes	53
5. Poder de compra de clientes y proveedores	54

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS **56**

A. Ganancias de eficiencia	57
1. Tipos de ganancias de eficiencia	58
2. Requisitos de las eficiencias	60
B. Evitar salida del mercado de activos productivos	62
C. Posibilidad de aplicar condiciones para contrarrestar efectos de la concentración	63
D. Otras circunstancias que protejan los intereses de los consumidores.	64

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS **65**

A. Principios generales	66
B. Tipos de condiciones	67
1. Condiciones de estructura	67
2. Condiciones de conducta	69
C. Ponderación de medidas	70
D. Plazo	71
E. Supervisión y monitoreo	71

VII. RESTRICCIONES ACCESORIAS **73**

A. Noción de restricción accesoria y su aplicación	74
B. Tipos particulares de restricción accesoria	75
1. Cláusula de "no competencia" y "no sollicitación"	75
2. Acuerdos de licencia	75
3. Obligaciones de compra o suministro	76

VIII. REFERENCIAS **77**

Tabla de abreviaturas y vínculos

"SUTEL", "La Superintendencia"	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

I. INTRODUCCIÓN

La primera Ley de Competencia en Costa Rica, Ley 7472, se aprobó en el año 1994, Sin embargo, el control previo de concentraciones es relativamente reciente. El primer antecedente lo encontramos en el año 2008, cuando la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, le asignó a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) dicha tarea para los mercados de telecomunicaciones. Posteriormente, en el año 2012, una reforma a la Ley 7472 estableció un procedimiento de control de concentraciones para el resto de los mercados a cargo de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)¹.

Recientemente, la aprobación de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, reformó sustancialmente el régimen de competencia en el país. En particular sobre el control de concentraciones, introdujo un nuevo procedimiento, criterios sustantivos actualizados y nuevas infracciones. Las nuevas reglas en materia de concentraciones demandan la actualización de los instrumentos ya existentes ², siendo los objetivos de esta guía: (a) brindar un marco analítico sobre el abordaje que la SUTEL podría tener en cada etapa de evaluación de una concentración; (b) reflejar las mejores prácticas y las experiencias internacionales en esta materia.

De tal manera que esta guía proporcionará a los agentes económicos y al público en general (a) transparencia y seguridad jurídica en el análisis y (b) orientación para comprender las etapas, técnicas y criterios comúnmente adoptados por la SUTEL en su análisis³.

La guía toma como punto de partida la existencia de una concentración notificada a la SUTEL, y explica la forma en que ésta será analizada para determinar si debe ser aprobada (con o sin condiciones) o rechazada. La guía no analiza cuáles son las transacciones que deben ser notificadas, ni los requisitos o trámites que debe seguir la solicitud⁴.

Esta guía no es de carácter obligatorio. Tampoco busca agotar los posibles métodos de análisis ni todos los detalles y elementos que se podrían incluir en la evaluación de cada caso concreto. El proceso analítico adoptado por la SUTEL se adecuará a cada caso en concreto.

¹ Después de esta reforma, la SUTEL mantuvo la competencia para aprobar las concentraciones en los mercados de telecomunicaciones, conforme al artículo 56 Ley 8642. ² Tanto la SUTEL como la COPROCOM, emitieron guías para el análisis de concentraciones, en el año 2015 y 2014 respectivamente. ³ La elaboración, publicación y difusión de la guía permite cumplir con la obligación establecida en los artículos 22 y 27 de la Ley 9736. ⁴ Para efectos de esta guía, se aclara que los conceptos aquí expresados cuando se refieren a productos aplicarán también a servicios; lo que se indique sobre mercados de venta aplicará también a los mercados de compra; y los conceptos de empresa, firma, agente económico y similares se usarán de forma flexible y posiblemente intercambiables entre sí según el contexto en el cual se utilicen.



II. OBJETO Y PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

II. OBJETO Y PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Comúnmente, la competencia se ve como un proceso de rivalidad que se considera valioso por los beneficios que aporta a los consumidores. Cuando es efectivo, el proceso competitivo presiona permanentemente a las empresas a buscar la preferencia de sus clientes ofreciendo mejores condiciones que sus rivales, lo que mejora el bienestar del consumidor en términos de precio, producción, calidad, variedad e innovación.

Este proceso de competencia en ocasiones podría verse afectado por operaciones de concentración entre los agentes económicos, puesto que la estructura del mercado frecuentemente es determinante en el comportamiento futuro de sus participantes. Cuando este impacto sea significativamente negativo, los participantes del mercado tendrán, con posterioridad a la concentración, menos incentivos para procurar la eficiencia y bienestar del consumidor. Por otro lado, es posible que algunas transacciones más bien promuevan una mayor competencia en el mercado, por medio de incrementos en productividad y competitividad; mejor calidad de los productos; mayor diversidad de productos; introducción de una nueva y mejor tecnología; y otros.

Por ello, el propósito principal de la revisión de concentraciones económicas es proteger la competencia ex ante, es decir, previo a que ocurran los hechos, por la vía de la estructura del mercado, para que evitar posibles consecuencias negativas que algunas de estas transacciones podrían provocar a la dinámica del mercado y, por extensión, a los consumidores.

Este control previo se justifica en el hecho que, por lo general, es muy difícil deshacer una transacción ya consumada, por lo que, si los efectos negativos efectivamente se producen, no habría posibilidad razonable de volver atrás. Con ese fin, el análisis tendrá por objetivo principal estimar si la operación producirá efectos adversos sobre la competencia y, en tal caso, estimar la magnitud de su impacto en el bienestar de los consumidores. Asimismo, evaluará si este efecto puede ser eliminado o mitigado por medio de condiciones que deban cumplir los agentes económicos participantes de la transacción.

A. Definición de concentración

Según se indicó anteriormente, esta guía toma como punto de partida una concentración notificada a la SUTEL, y explica la forma en la cual ésta será analizada. Por ello, y solamente para efectos de referencia conceptual, se definirá el concepto de concentración que se utilizará la guía, pero sin analizar sus distintos elementos ni tampoco los supuestos en los cuales debe ser notificada a la SUTEL, ni el trámite que sigue su autorización⁵.

Para estos efectos, se entiende, por concentración cualquier acto o contrato, sin importar su modalidad, que pretenda integrar de forma permanente las operaciones de dos o más agentes

Para estos efectos, se entiende, por concentración cualquier acto o contrato, sin importar su modalidad, que pretenda integrar de forma permanente las operaciones de dos o más agentes económicos o de una parte relevante de ellos, independientemente de si una de las partes adquiere a las otras o sus activos, o si se crea una nueva entidad bajo el control conjunto de las partes⁶.

⁵ La "Guía de Notificación de Concentraciones" de SUTEL contiene un análisis más detallado de los elementos que constituyen una concentración, y sobre la forma de identificar cuáles transacciones deben ser notificadas. ⁶ El artículo 88 de la Ley 9736 define concentraciones como: "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 competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, 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 agente económico bajo el control conjunto de dos o más agentes económicos, así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada, adquiera el control de dos o más agentes económicos independientes entre sí".

II. OBJETO Y PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

También se incluyen dentro de la categoría de concentración a aquellas alianzas empresariales (joint ventures) creadas con intención de permanencia, 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 suficientes recursos humanos, financieros y activos para desarrollar una actividad de forma plena, sea con personería jurídica propia o no.

Toda concentración realizada entre operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberá ser notificada y aprobada previamente por SUTEL, según el artículo 56 de la Ley 8642⁷.

B. Tipos de concentraciones

El análisis de las transacciones sometidas al conocimiento de la SUTEL varía según el tipo de concentración que se trate, sean estas horizontales, verticales o de conglomerado⁸. Asimismo, una misma transacción puede involucrar una combinación de más de uno de estos tipos, por ejemplo, una concentración predominantemente vertical con algunos aspectos horizontales (ICN, 2006, pág. 10). Para definir el tipo de concentración se requiere, inicialmente, identificar las partes relacionadas en la transacción (y sus respectivos grupos económicos) y todas las actividades que desarrollan o productos que ofrecen.

A partir de entonces, se podrá verificar si las empresas relacionadas actúan en mercados similares, relacionados o diferentes.

TIPOS DE CONCENTRACIONES

El análisis de la concentración varía según el tipo de que se trate, según sea:

Horizontal: Aquella que involucra a dos o más competidores. Es decir, agentes económicos que operan en el mismo segmento de mercado.

Vertical: Mediante la cual se integran agentes económicos que son clientes o proveedores entre sí. Es decir, operan en diferentes eslabones de la cadena de suministro de un mismo producto o servicio.

Conglomerado: Concentración realizada entre agentes económicos que operan en mercados diferentes. Es decir, que ofrecen bienes y servicios que no son sustitutos entre sí ni forman parte de una misma cadena productiva, ya sea por la naturaleza del producto o por el área geográfica en donde actúan. En una misma transacción se pueden combinar elementos de más de un tipo de concentración.

⁷ Según el artículo 56 de la LGT: "Previo a realizar una concentración, los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán solicitar la autorización de la Sutel, a fin de que esta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado. Dicha autorización se requerirá con el fin de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

⁸ Algunas autoridades de competencia internacionales se refieren también a las llamadas "concentraciones diagonales", que consisten en una combinación de empresas o activos que operan en diferentes niveles de la cadena productiva de firmas que compiten entre sí (DOJ/FTC, 2020). Dependiendo de las circunstancias, estos casos se podrían analizar como una concentración principalmente vertical con algunos efectos horizontales, o como una concentración horizontal con efectos verticales (COPROCOM, 2014).

II. OBJETO Y PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

1. Concentraciones horizontales

Las concentraciones horizontales son transacciones que resultan de la integración entre empresas competidoras directas, actuales o potenciales. Es decir, este tipo de concentración resulta una sobreposición entre las actividades de las empresas participantes o potencialmente participantes en un mismo segmento de la cadena de producción y en un mismo mercado geográfico. Significa que las partes relacionadas en la transacción actúan o podrían actuar en el mismo mercado, ofreciendo productos similares a un mismo grupo de consumidores.

Las concentraciones horizontales resultan en un cambio inmediato de la estructura de mercado, reduciendo el número de participantes y eliminando la competencia directa entre al menos dos agentes económicos. Es decir, al involucrar competidores entre sí, todas las concentraciones horizontales involucran la pérdida de algún grado de competencia en el mercado. Por ello, la tarea de la SUTEL será verificar si esta pérdida es tal que pueda generar un obstáculo significativo a la competencia⁹.

2. Concentraciones verticales

Las concentraciones verticales involucran a empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción y/o distribución de un mismo producto final. Es decir, no involucran competidores entre sí, sino que la transacción se da entre agentes económicos que participan en distintas etapas de una misma cadena productiva, integrando la producción, distribución y/o venta.

Así, por ejemplo, una operación de concentración vertical podría darse entre una empresa productora con una empresa distribuidora, integrando las funciones de producción y distribución en una misma empresa; o bien entre una empresa que fabrica materias primas y una empresa productora que las requiere como insumo en su proceso productivo. Estas concentraciones requieren, por lo tanto, identificar al menos dos mercados relevantes de productos/servicios complementarios.

Las concentraciones puramente verticales, a diferencia de las horizontales, no implican la pérdida de competencia directa entre empresas. Al no alterar el nivel de concentración en cualquiera de los mercados relacionados tienen menor probabilidad de provocar resultados anticompetitivos. A manera de ejemplo, estas integraciones pueden producir ahorros significativos de costos, pudiendo traducirse en mejoras de la ecuación calidad/precio ofrecida a los clientes. No obstante, en algunas circunstancias, las concentraciones verticales pueden levantar ciertas preocupaciones para la competencia¹⁰.

⁹ Los principales efectos anticompetitivos que se asocian con las concentraciones horizontales se analizan en la Sección IV.F.2. de esta guía. ¹⁰ Los principales efectos anticompetitivos que se asocian con las concentraciones verticales se analizan en la Sección IV.F.3. de esta guía.

II. OBJETO Y PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

3. Concentraciones de conglomerado

Las concentraciones de conglomerado involucran a empresas que operan en diferentes mercados y que no podrían integrarse verticalmente. Es decir, se trata de agentes económicos que suministran productos que no son sustitutos entre sí o que operan en áreas geográficas distintas. Estas concentraciones pueden ser de tres tipos: i) aquellas destinados a diversificar líneas de productos ii) los destinados a crear una diversificación geográfica, o iii) los conglomerados puros (firmas operando en mercados completamente distintos y que no se complementan entre sí).

Independiente de la forma que tomen, una concentración de conglomerado involucra empresas que operan en diferentes segmentos de mercado, por lo que, en general, no tiene efecto directo sobre la competencia y no resulta en cambios en la estructura de mercado. Si bien la mayoría de los casos de concentraciones de conglomerados no plantean problemas de competencia, en ciertos casos específicos podrían generar preocupaciones por parte de la SUTEL¹¹.

¹¹ Los principales efectos anticompetitivos asociados a las concentraciones de conglomerado se analizan en la Sección IV.F.4. de esta guía.



III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Las actividades de los agentes económicos no ocurren en el vacío, sino que se relacionan siempre con uno o más mercados. Por ello, identificar el o los mercados en donde estos efectos podrían darse es una herramienta de suma importancia y debe realizarse en etapas tempranas del análisis del caso.

Esta definición cumple varios objetivos prácticos: identificar las actividades comerciales y las áreas geográficas en donde podrían surgir las preocupaciones de la SUTEL; identificar los participantes de un mercado y medir sus participaciones (DOJ/FTC, 2010, pág. 7); determinar las limitaciones competitivas que enfrentan los participantes de una concentración (FNE, 2012, pág. 10); y en general, proporcionar un marco de análisis adecuado para identificar los efectos de una concentración (ICN, 2006, pág. 15).

Así, la definición del mercado brinda un marco útil para identificar los competidores de las partes de una concentración, su tamaño relativo, el entorno en el que se desarrolla la competencia, y en general, los efectos de una transacción en el mercado. De ahí que una adecuada definición del mercado es crucial, ya que de esta dependerá en gran medida el análisis de los efectos de la transacción y, por ende, el resultado del caso.

Si el mercado se define demasiado amplio podría incluir un número elevado de competidores con participaciones de mercado subestimadas. Una definición demasiado estrecha causaría el efecto contrario de sobreestimar las participaciones de los distintos jugadores al dejar por fuera agentes económicos que participan en el mercado. Por su parte, si se incluyen dentro del mismo mercado productos que son sustitutos muy lejanos (o áreas geográficas distintas) podría sobreestimarse la participación de los agentes económicos que participen en ambos mercados (y viceversa en caso de definirse de forma demasiado acotada).

Debe tenerse presente que la definición de mercado relevante es una herramienta útil en el análisis de concentraciones, pero no un fin en sí mismo. Se trata de un paso intermedio en la investigación que ayuda a la SUTEL a identificar los distintos productos o servicios que pueden ejercer presión competitiva entre sí (Bishop & Walker, 2000, pág. 47), ya que lo importante (y el propósito del control de concentraciones) es identificar los posibles efectos de una concentración en la dinámica competitiva del mercado.

Por ello, la determinación formal del mercado relevante no será siempre una etapa necesariamente contemplada en el análisis, sino que en ocasiones es posible concluir desde etapas tempranas del procedimiento que la concentración no es anticompetitiva independientemente de cómo se defina el mercado. En esos casos la SUTEL podría dejar abierta la definición del mercado relevante (OCDE, 2010, pág. 9).

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Si bien pueden existir referencias, a nivel nacional o en otras jurisdicciones, sobre concentraciones con características similares, existen razones para no recomendar que se replique automáticamente la definición del mercado realizada en esos otros casos, ya que podrían existir: (1) posibles cambios en el mercado entre un caso y otro; (2) patrones de comportamiento distintos de los consumidores en diferentes áreas geográficas; (3) afectación de la definición del mercado provocada por el comportamiento de los agentes económicos que participan en éste; y (4) distintos niveles de diferenciación de los productos a través del tiempo o en distintos lugares (ICN, 2006, pág. 18). Así, la definición del mercado es un ejercicio que debe aplicarse únicamente para cada caso específico.

Las Leyes de Competencia y sus normas secundarias asociadas utilizan el concepto de “mercado relevante” para referirse al mercado o mercados que interesan para un caso específico. Para estos efectos, el artículo 2 del Reglamento a la Ley 7472 define el mercado relevante como el “Conjunto de productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles en un momento dado, en razón de sus características, precio, o su uso esperado. Lo anterior, en un área geográfica donde se ofrecen o demandan productos o servicios en condiciones de competencia suficientemente homogéneas y apreciablemente distintas de las condiciones de competencia de otras áreas vecinas”¹².

Como se observa, la definición del mercado gira alrededor de la determinación de un grupo de productos o servicios que se consideran como sustitutos entre sí, y que son ofrecidos en un área geográfica determinada. En esta definición, conforme al artículo 14 de la Ley 7472, la SUTEL considerará los siguientes factores:

- a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.**
- b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero.**
- c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.**
- d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.**

Esta definición de mercado tiene principalmente dos componentes: el mercado de producto y el mercado geográfico (según se verá más adelante, existen también otras dimensiones de mercado, pero su utilización es menos frecuente).

¹² Este tema no fue modificado por la Ley 9736, por lo que mantiene su vigencia ya que la derogatoria tácita de las normas opera únicamente en lo que se contradigan.

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

A. Definición de mercado de producto

La dimensión de producto de un mercado incluye a todos aquellos bienes y servicios que son considerados por un consumidor medio como sustitutos razonables entre sí debido a sus características de precio y función (CADE, 2017, pág. 13). Este análisis de sustituibilidad determina el conjunto de productos que pueden cumplir un mismo propósito de manera suficientemente rentable para que un número suficiente de clientes o consumidores los consideren alternativas económicas realistas para los productos ofrecidos por las partes de la transacción.

La sustituibilidad de los productos se valora principalmente desde el punto de vista de la demanda (DOJ/FTC, 2010, pág. 7), aunque la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta también es tomada en consideración (ICN, 2006, pág. 19).

1. Sustitución por la demanda

Para determinar los productos que son sustituibles desde el lado de la demanda, diferentes autoridades de competencia utilizan el llamado “test del monopolista hipotético”, conocido como “SSNIP test” por sus siglas en inglés¹³.

Este instrumento analítico toma como punto de partida la definición de mercado más acotada posible para los productos que ofrecen las partes de la concentración, y a partir de ahí evalúa la reacción más probable de un consumidor medio si un monopolista hipotético que ofrece esos productos aumentara los precios en un monto pequeño pero significativo (entre 5% y 10%). Si ante este aumento el consumidor probablemente adquiriera otro producto, significaría que este último es un sustituto razonable y pertenece al mismo mercado. A este nuevo grupo de productos se le aplica nuevamente el test y así sucesivamente hasta llegar al punto en que el consumidor medio no encuentre más sustitutos razonables y deba pagar ese precio adicional. Este último grupo de productos que no encuentran sustituto razonable es el mercado de producto.

Para aplicar este test, es necesario contar con información sobre el producto, sus oferentes y sus demandantes. Alguna de la información normalmente utilizada incluye factores como (CADE, 2017, pág. 13):

- Naturaleza, función y características de los productos y/o servicios;
- Perfil del consumidor (o cliente) medio: nivel de ingresos, edad, nivel de educación, posibilidades de movilidad, entre otros;
- Importancia que tienen para el consumidor el precio, la calidad, la marca, las formas y plazos de pago, etc.;
- Evidencias de cambios en los patrones de consumo en el pasado;
- Investigación de preferencias de los consumidores;
- Costos asociados al cambio de proveedor.

¹³ El término SSNIP es un acrónimo de “Small but Significant Non-transitory Increase in Price” (pequeño pero significativo y no transitorio aumento en el precio), que como se verá es una descripción de la técnica utilizada para aplicar este test.

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Dicho esto, es frecuente que esta información (o una parte sustancial de ella) no esté disponible. Por ello, muchas veces el test del monopolista hipotético es más conceptual que fáctico, sujeto a parámetros de razonabilidad para proporcionar solamente un marco de análisis, más que información medible sobre el mercado (ICN, 2006, pág. 20).

El test del monopolista hipotético debe aplicarse con cautela. Para todos los productos siempre existirá un precio que el consumidor ya no estará dispuesto a pagar. Por ello, si el precio de partida en el análisis es suficientemente alto, los consumidores dejarían de comprar el producto y optarían por satisfacer sus necesidades con un producto que pertenece a otro mercado. Esto podría llevar a la SUTEL a incluir en el mercado otros productos que no son realmente sustitutos. Este error es conocido internacionalmente como la "Falacia del papel celofán", a raíz de un caso relacionado con ese producto resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1956 (Wish & Bailey, 2012, pág. 32).

LA FALACIA DEL CELOFÁN (JONES & SUFRIN, 2011)

Uno de los principales problemas que presenta el test del monopolista hipotético es conocido como la "Falacia del papel celofán" (o "Falacia del Celofán"). Este problema lo genera el hecho que este test no permite identificar si el precio actual de un producto es artificialmente alto, resultado del ejercicio de poder de mercado (o de un precio monopólico).

El nombre de esta falacia proviene de un caso analizado en los Estados Unidos de América (U.S. v. El du Pont de Nemours, 1956) en el que la Suprema Corte de dicho país no identificó esta situación, y aceptó el argumento de la empresa Du Pont que el papel celofán no era un mercado relevante separado, sino que competía directamente con otros materiales de empaque flexibles, tales como papel aluminio, polietileno, y papel encerado.

El problema de este caso es que la Corte no consideró si la elasticidad cruzada entre el papel celofán y otros materiales era alta precisamente porque Du Pont estaba ya ejerciendo poder de mercado y fijando precios en niveles supra competitivos. Es decir, que este producto había ya alcanzado un precio a partir del cual los consumidores no estaban ya dispuestos a cubrir aumentos posteriores, por lo que acudirían a otros productos que, en condiciones normales, no serían sustitutos.

Por esta razón, el precio al momento de la transacción, podría no ser una referencia adecuada para aplicar el test y determinar posibles sustitutos. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si la competencia es insuficiente de previo a la transacción, si ha existido coordinación entre competidores, o si la evidencia sugiere que los precios futuros (en ausencia de la concentración) probablemente difieran de los actuales. sustitución por la oferta

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Con frecuencia, el test del monopolista hipotético no puede aplicarse cuantitativamente. Aún así, proporciona una forma útil de analizar la evidencia y juzgar el alcance de la sustitución entre productos o áreas geográficas (New Zealand Commerce Commission, 2019). Este análisis se puede complementar con otros factores que podrían afectar la sustituibilidad de los productos, tales como sus usos, calidad, características, y otros. La relevancia de estos factores dependerá de qué tan sensibles al precio sean los consumidores, y de la importancia que le den a estos otros elementos al tomar sus decisiones de consumo.

2. Sustitución por la oferta

La sustituibilidad del lado de la oferta examina la medida en que los proveedores de productos alternativos podrían cambiar sus procesos productivos para fabricar los productos de la transacción en respuesta a un cambio en los precios, la demanda u otras condiciones del mercado (ICN, 2006, pág. 19).

La sustitución por la oferta es una herramienta para identificar posibles competidores potenciales de las partes de la transacción. Toma en consideración la capacidad y proceso de producción de los proveedores ya establecidos en el mercado y la facilidad con que podrían competir con los agentes económicos que pretenden concentrarse. Al definir la sustitución por la oferta, se considerará si un actual proveedor podría cambiar su producción del producto B al suministro del producto A, en corto plazo (de aproximadamente un año)¹⁴ y sin incurrir en costos irrecuperables significativos, (CADE, 2017, pág. 16).

En línea con la practica internacional, las autoridades de competencia privilegian la definición de mercado desde la perspectiva de la demanda y consideran la sustitución por la oferta como complemento del análisis de impacto de la transacción¹⁵. No obstante, lo anterior no significa que la SUTEL no podrá, en ciertas circunstancias, definir el mercado relevante desde el enfoque de la sustitución por la oferta (Autorité de la Concurrence, 2020, pág. 133).

El enfoque desde la oferta permite agregar mercados percibidos como distintos por la demanda, para simplificar el análisis en el marco integral de la evaluación emprendido por la SUTEL. Esto significa que, si gran parte de las empresas que operan en un mercado (definido desde la óptica de la demanda) tienen capacidad y voluntad de sustituir fácilmente entre un grupo de productos no sustitutos desde la demanda, por razones de economía de análisis, la SUTEL podrá agregarlos en un mismo mercado relevante (COPROCOM, 2014, pág. 15).

Este enfoque (desde la oferta) podría ser una metodología útil en casos, por ejemplo, en que las partes se dedican a una amplia gama de productos o, incluso, de concentraciones verticales que involucran al proveedor de un insumo utilizado en la fabricación de distintos productos que, una vez terminados, no son sustitutos entre sí desde la óptica de la demanda.

¹⁴ La autoridad brasileña considera el periodo de un año como plazo máximo para considerar probable la sustitución por la oferta, es decir, a efectos de considerar a las empresas como participantes en el mismo mercado. Un plazo de entrada de uno a dos años es tomado en cuenta para verificar la competencia potencial, pero no para efectos de considerarlos como empresas participantes del mismo mercado. (CADE, 2017, pág. 16) ¹⁵ A modo de ejemplo, las Autoridades de Brasil y Estados Unidos no consideran la sustitución por la oferta en la definición del mercado, siendo este un elemento de análisis del impacto de la concentración (CADE, 2017, pág. 16) (DOJ/FTC, 2010, pág. 7); mientras que para las Autoridades de Francia y Reino Unido, la sustitución por la demanda es el elemento determinante para la definición del mercado relevante, siendo posible utilizar la óptica de la oferta de modo excepcional (Autorité de la Concurrence, 2020, pág. 133) (OFT, 2010, pág. 30). Por otro lado, la SUTEL australiana considera ambos enfoques, demanda y oferta, como elementos de definición del mercado relevante (ACCC, 2017, pág. 18).

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

B. Definición de mercado geográfico

La dimensión geográfica del mercado se refiere al área o lugar en donde puede darse una sustitución razonable de los productos ofrecidos por los agentes económicos que pretenden concentrarse (ICN, 2006, pág. 26). Es decir, el área donde se ofrecen los productos en condiciones similares a los consumidores (o clientes) que los demandan.

El mercado geográfico relevante, por analogía al mercado de producto, es el área geográfica más pequeña en la cual un monopolista hipotético podría rentablemente aplicar un aumento pequeño, significativo y no transitorio en los precios (COPROCOM, 2014)

El punto de partida en la definición del mercado geográfico es el área en donde ofrecen sus productos las partes de la transacción y sus rivales. A partir de ahí, se considera la dinámica territorial de las relaciones de oferta y demanda de los productos y, especialmente, la posibilidad de los demandantes de acudir a territorios vecinos si eventualmente la oferta en cierta localidad se ve afectada por un aumento de precios. Dependiendo del resultado de este análisis, se valora si procede o no ampliar el mercado geográfico.

La SUTEL, en este análisis, considerará diversos factores, tales como:

- a)** La ubicación de las empresas participantes, sus competidores y sus clientes o consumidores (CADE, 2017, pág. 36);
- b)** Características de los productos (por lo general, entre más homogéneos sean será más probable que competidores de otros territorios estén en capacidad de absorber la demanda que provocaría un posible aumento de precios) (CADE, 2017, pág. 36);
- c)** Posibilidad de transportar los productos a larga distancia, considerando aspectos como tiempo, seguridad, barreras naturales, restricciones tributarias o regulatorias, o cualquier otro factor que dificulte la oferta del producto en otras áreas geográficas (CADE, 2017, pág. 36);
- d)** La preferencia de clientes y consumidores y la distancia que normalmente se trasladan para adquirir el producto (CADE, 2017, pág. 36);
- e)** Flujos históricos del producto (ofertado por las partes o sus competidores) entre distintas áreas geográficas, verificando la capacidad de los diferentes agentes de trasladar la oferta a otras regiones (CADE, 2017, pág. 36);
- f)** Diferencias en la estructura de oferta y precio del producto entre áreas geográficas vecinas (CADE, 2017, pág. 36);

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

- g) Posibilidades de importación (CADE, 2017, pág. 36);**
- h) Costos de distribución y transporte del producto (CADE, 2017, pág. 36);**
- i) Costos relacionados al cambio de proveedor por uno que está en otra ubicación (CADE, 2017, pág. 36);**
- j) Tiempo y otras dificultades de transporte de mercadería, tales como seguridad, viabilidad, aspectos tributarios y regulatorios (OFT, 2010, pág. 36);**
- k) Diferencias en precios, ventas, publicidad y estrategias comerciales en las distintas áreas geográficas (OFT, 2010, pág. 36).**

El nivel de comercio en el que se ofrecen y demandan los productos también es un elemento relevante. Por lo general, sujeto a las condiciones particulares del caso, los mercados tenderán a ser más estrechos para productos de consumo minorista, mientras que los clientes mayoristas y los industriales podrían estar en mejor posición de cambiar de proveedores entre distintas regiones (ICN, 2006), siempre que se den las condiciones regulatorias, de transporte, y otras.

En el caso de productos ofrecidos a nivel minorista un criterio sumamente útil es la disposición y posibilidad de los consumidores de trasladarse para adquirir los productos. Conforme a la distancia y el tiempo que un consumidor medio está dispuesto a viajar de un lugar a otro se podrá establecer una zona geográfica particular. Estas zonas frecuentemente se traslapan entre sí, por lo que se deben considerar también algunos establecimientos ubicados en zonas distintas cuando estén en condiciones de ejercer presión competitiva sobre los establecimientos del agente económico resultante. También se deben tomar en cuenta las posibilidades de los consumidores de adquirir los productos de forma remota.

Es posible que el mercado geográfico sea internacional, cuando las condiciones de la oferta son similares para los compradores nacionales independientemente del origen del producto. Algunos factores que pueden provocar esta definición son la homogeneidad en las características de los productos y las tecnologías utilizadas en su fabricación (COPROCOM Voto N° 57-2017); las condiciones similares de acceso a clientes nacionales y a fuentes de insumos (COPROCOM Voto N° 06-2018); y las posibilidades razonables de los clientes de adquirir los productos de proveedores extranjeros (COPROCOM Voto N° 01-2018). En estos casos, competidores -actuales o potenciales- ubicados fuera del país, tienen capacidad de disciplinar el mercado interno, presionando a mantener bajos los precios, por lo que se consideran parte del mismo mercado geográfico (COPROCOM Opinión OP-07-2015).

La sustituibilidad de productos o servicios entre las diferentes áreas geográficas podría verse limitada por razones técnicas, como por ejemplo la necesidad de acceso a determinada infraestructura, tales como las

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

redes fijas en algunos servicios de telecomunicaciones. Esto constituye una barrera infranqueable para acceder al mercado local, lo cual excluye del mercado geográfico a oferentes que carezcan de posibilidades de acceder a dicha infraestructura en el corto plazo (SUTEL RCS-331-2019), y afectará la determinación de si el nivel de competencia es de alcance local o nacional (SUTEL RCS-149-2015).

Así, el mercado geográfico podría ser una zona o región, un país, un grupo de países, o a veces incluso el mundo entero. También podría ser un área geográfica sumamente reducida, que se considera como un mercado cautivo por razones técnicas (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 2014). Esto dependerá de los productos en cuestión, sus patrones de producción y consumo, así como de las regulaciones aplicables. Por ejemplo, con productos cuyos costos de transporte son altos, que requieren gran infraestructura física, o cuyas regulaciones así lo exijan, el mercado tenderá a ser una zona o país. Por su parte, en productos o servicios que pueden ofrecerse desde cualquier lugar del mundo o incluso prestarse remotamente (como por ejemplo los servicios que se prestan a través del Internet), el mercado geográfico podría eventualmente ser global. La pregunta clave a hacerse es hasta qué punto los oferentes situados en otra zona geográfica podrían razonablemente ejercer presión competitiva a las partes de la transacción.

C. Otras dimensiones de mercado a considerar

Como se indicó, aunque su uso no sea frecuente, existen otras dimensiones que podrían ser consideradas por la SUTEL en la delimitación del mercado relevante, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Además del producto y el área geográfica, la SUTEL podrá definir el mercado en consideración de otras dimensiones.

Algunos ejemplos de estas otras dimensiones del mercado son: la dimensión funcional, la dimensión temporal y la discriminación de categorías de consumidores.

La Autoridad podrá considerar otras circunstancias que ameriten una segmentación diferenciada del mercado relevante.

1. Dimensión funcional

La dimensión funcional define el mercado según el nivel de la cadena de producción, por ejemplo, mercado de insumo, fabricación/importación, comercialización mayorista y comercialización minorista (COPROCOM, 2014, pág. 19). Esta dimensión puede ser particularmente importante en concentraciones verticales a fin de identificar la existencia de presión competitiva entre los diferentes niveles de la cadena de producción, que podría incluso considerarlos como parte de un mismo mercado.

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

En este sentido, cuando las partes están integradas verticalmente (o compiten con otras que lo son), la SUTEL debe determinar si el análisis de la competencia se realiza mejor en el contexto de un mercado relevante que abarque toda la cadena de suministro vertical, o si considera los distintos eslabones de la cadena como mercados separados. En efecto, especialmente cuando existen considerables eficiencias de integración vertical entre dos o más etapas de la cadena de suministro, la SUTEL podrán definir un mercado que abarque todas esas etapas. (ACCC, 2017, pág. 24)

Asimismo, se acude a un análisis similar con relación a los distintos canales de distribución utilizados, como por ejemplo los canales tradicionales y en línea.

La dimensión funcional ha sido especialmente utilizada para delimitar el mercado de algunos servicios de telecomunicaciones, considerando los efectos competitivos indirectos que el mercado minorista del servicio ejerce sobre el mercado mayorista. En la práctica internacional, es posible verificar una ampliación artificial del mercado mayorista con el fin de reflejar las condiciones competitivas en el mercado minorista e inferir la participación en el mercado ascendente a partir de la participación en el mercado descendente. (OCDE, 2014, pág. 17)

2. Dimensión temporal

El aspecto temporal se refiere al período en que un determinado mercado opera, siendo su particularidad la capacidad de modificar la demanda y oferta de cierto producto de manera tal que, el consumidor no puede sustituir su decisión de compra entre diferentes períodos de tiempo o cuando los productores no pueden almacenar sus productos por largos períodos de tiempo (CADE, 2017, pág. 21).

Es importante tener presente que el concepto temporal del mercado no se refiere a épocas del año en los que puede aumentar el consumo de un producto (usual en muchos productos o servicios que poseen temporadas altas y bajas de consumo). Mas bien, este concepto alude a situaciones en los que los usos del producto por parte de los consumidores cambian sustancialmente de una temporada a otra, provocando que un producto no pueda ser sustituible con otro igual que es adquirido en una época distinta.

Este aspecto puede estar relacionado a estaciones del año, fechas conmemorativas, hábitos de consumo, o por tratarse de bienes perecederos. El aspecto temporal puede así interferir en la delimitación del mercado relevante, así como en el análisis de entrada y rivalidad del mercado.

3. Categorías diferenciadas de clientes/consumidores

En ciertas circunstancias, productos aparentemente relacionados podrían configurar mercados distintos si presentan un grado reducido de sustituibilidad entre diferentes grupos de consumidores. Son productos que desde la perspectiva funcional atienden a un mismo propósito pero que pueden subdividirse según el público objetivo.

Esa distinción (por grupo de consumidores) es particularmente importante si los agentes económicos pueden identificar de manera rentable a un subconjunto de clientes implementando aumentos de precio sin que eso

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

afecte la demanda del producto, es decir, un mercado cautivo (ACCC, 2017, pág. 23). Los mercados que atienden a clientes específicos también se conocen como mercados de discriminación de precios. En la práctica, las autoridades de competencia identifican estos mercados donde existe una perspectiva realista de un efecto competitivo para este grupo de clientes objetivo.

Ejemplo de mercados de discriminación, son los productos o servicios de lujo, que usualmente se direccionan a un grupo de personas que no es sensible al aumento de precio, por lo que requieren una definición separada. Es decir, en ocasiones un mismo producto podría pertenecer a dos mercados distintos cuando existe un grado de diferenciación tal que, provoca que los consumidores no los consideren sustitutos razonables entre sí, a pesar de tener funcionalidades similares.

En estos mercados es posible también que se dé una sustitución asimétrica, es decir, la sustitución ocurre solo en una dirección. Por ejemplo, si los automóviles de lujo aumentan de precio algunos consumidores podrían comprar automóviles más “estándar”, pero es más difícil que ocurra a la inversa. Esta sustitución asimétrica puede ocurrir también desde la perspectiva de la oferta. Por ejemplo, una línea aérea que ofrece vuelos regulares podrá fácilmente ofrecer vuelos tipo “chárter”, pero una empresa dedicada a éstos últimos requiere de una alta inversión y logística para poder ofrecer vuelos regulares. (ACCC, 2017, pág. 18)

D. Definición de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones

Mediante la resolución denominada “Definición de los Mercados Relevantes y de los Operadores y/o Proveedores Importantes”¹⁶ la SUTEL define diferentes tipos de servicios y productos en la industria de telecomunicaciones, estableciendo una definición de mercados tanto a nivel minorista como mayorista. Esta norma se emitió dentro de las funciones de SUTEL como regulador ex ante del sector, y se utiliza con fines regulatorios. Para efectos del análisis de competencia las definiciones allí contenidas serán solamente una referencia no-vinculante.

Lo anterior, debido a que el análisis competitivo debe considerar los hechos y las circunstancias específicos de cada caso, incluyendo los aspectos dinámicos de la oferta y la demanda. En otras palabras, los objetivos, elementos a considerar y el punto de partida del análisis en la definición regulatoria y de análisis de competencia son diferentes.

Asimismo, el horizonte temporal utilizado en la definición regulatoria y del análisis de competencia también podría conducir a diferentes delimitaciones del mercado, dado que deben considerarse los factores que pueden afectar su comportamiento, en un lapso determinado. Por ejemplo, cambios tecnológicos o circunstancias externas que presionen el nivel de la demanda.

Dados los criterios de definición de mercado relevante expuestos anteriormente, en el sector de telecomunicaciones debe tenerse especialmente en cuenta que (SUTEL, 2014, pág. 14):

- La convergencia de servicios y redes modifica el análisis de mercados relevantes, disminuyendo la diferenciación de productos e incluyendo en el análisis nuevas formas de complementariedad y sustitución, tanto desde la demanda como desde la oferta e incluyendo potenciales competidores.

¹⁶ La primera definición de los mercados se emitió mediante resolución RCS-307-2009, la cual se revisa y actualiza con cierta frecuencia. A la fecha de emisión de esta guía las definiciones se han actualizado mediante resoluciones RCS-261-2016, RCS-248-2017, RCS-262-2016, RCS-258-2016, RCS-259-2016, RCS-040-2018, RCS-266-2018, RCS-191-2017, RCS-260-2016, RCS-040-2018, RCS-263-2016, RCS-264-2016, RCS-266-2016, RCS-297-2018 y RCS-339-2018.

III. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

- El análisis de sustituibilidad desde la demanda no debe tener en consideración sólo los precios sino otras variables específicas a cada servicio, como la calidad de servicio, la cobertura, la adaptación a cambios tecnológicos y otras variables que afectan la elección de los consumidores según la sensibilidad que tengan a estas variables.
- Del lado de la oferta se deben tener en cuenta los cambios tecnológicos, la innovación y, con esto, las economías de alcance de la industria y sus efectos en la oferta potencial.
- La oferta de paquetes disminuye la elasticidad de la demanda de cada servicio, en el sentido que el aumento del precio de un servicio incluido en una canasta impacta menos sobre la demanda del paquete que si este mismo aumento se hubiera registrado en un mercado no empaquetado. El análisis del monopolista hipotético debe considerar la existencia de servicios demandados en forma conjunta, y ofrecidos en paquetes.

Por las anteriores consideraciones, las resoluciones de definición de mercados relevantes antes mencionadas son una referencia útil, pero no limitarán la forma en que la SUTEL defina los mercados para el análisis de concentraciones, lo cual se harán caso a caso siguiendo los criterios y metodología expuestos en esta guía.



IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

Una vez definidos los mercados relevantes para la transacción, se deben analizar sus efectos probables en el mercado, para determinar su aprobación, condicionamiento o rechazo.

El análisis de fondo de las concentraciones conlleva varias etapas:

- a) Inicialmente se identificarán las características de los mercados relevantes para la transacción (según fueron definidos anteriormente);
- b) seguidamente se verificará si la transacción califica dentro de alguna de las presunciones favorables previstas en la normativa;
- c) Como un tercer paso, se diseñará una teoría del daño específica para la transacción consultada, incluyendo el escenario contrafáctico; y
- d) Finalmente, se analizará si esta teoría del daño se confirma con base en la información recabada por la SUTEL.

Cada una de estas etapas se analiza con detalle en las secciones siguientes de esta guía.

Este análisis de concentraciones es altamente dependiente de las condiciones específicas de cada caso. Siendo imposible prever de antemano todas las posibles circunstancias de un caso concreto, no es esperable que la SUTEL aplique la metodología de una forma mecánica. La misma se adaptará razonablemente a las particularidades de cada situación.

A. Análisis de dos fases

Conforme a los artículos 94 y siguientes de la Ley 9736, el análisis de fondo de las concentraciones se realiza en dos fases o etapas. En la primera fase se identificará si la transacción pudiese presentar riesgos para el proceso de competencia. Si la respuesta es afirmativa, en la segunda fase se valorarán los posibles efectos de la transacción, y se decidirá si debe aprobarse, condicionarse o rechazarse¹⁷.

La primera valoración que hará la SUTEL es revisar las características de la transacción, los mercados relevantes y los agentes económicos relacionados con el caso para, con base en esta información, diseñar la teoría del daño potencialmente aplicable, y determinar si es factible o probable que la transacción genere efectos anticompetitivos de relevancia¹⁸. En caso negativo, es decir, si los efectos anticompetitivos son poco probables o de magnitud insuficiente para obstaculizar de forma significativa la competencia, la transacción se aprobará

¹⁷ Los temas de procedimiento y el contenido de cada una de las dos fases se analizan con más detalle en la "Guía de Notificación de Concentraciones". ¹⁸ La mención en esta guía se hace para efectos de referencia sobre el marco general bajo el cual se verifica el control de concentraciones. Sobre el diseño de la teoría del daño específica para cada caso se puede consultar la Sección IV.F. de esta guía

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

en primera fase. Si, por el contrario, la SUTEL concluye que existe una probabilidad razonable que la transacción genere efectos anticompetitivos de magnitud suficiente para obstaculizar la competencia de forma significativa, procederá a abrir la segunda fase del procedimiento.

Esta segunda fase tendrá por objeto analizar detenidamente los riesgos específicos detectados para la transacción, para lo cual se utilizará la información adicional que, sobre ellos, recabe la SUTEL, así como aquella que proporcionen las partes. Conforme al artículo 99 de la Ley 9736, al finalizar la segunda fase la SUTEL podrá: (a) Autorizar la concentración incondicionalmente o sujetarla a los compromisos que hubiese ofrecido el solicitante; (b) Determinar que la concentración tiene efectos anticompetitivos previsibles que podrían ser contrarrestados, por lo que ofrecerá al interesado la oportunidad de presentar una propuesta de compromisos; o (c) Prohibir la concentración, si considera que sus efectos negativos en el mercado no podrán ser contrarrestados con compromisos que pudiesen ofrecer los solicitantes.

B. Identificación de características de los mercados afectados

Utilizando la definición del mercado a la que hace referencia el capítulo anterior, la SUTEL delimitará la estructura de los mercados relevantes para la transacción, identificará a sus participantes, les asignará una cuota o participación de mercado y, en general, comprobará las características de los mercados afectados por la transacción.

Este paso es clave, ya que establece el marco dentro del cual se hará el análisis posterior. Las características que se identifiquen de los mercados permitirán definir el tipo de concentración, sus efectos más probables, y los elementos que deben verificarse en el caso específico. Asimismo, permitirá formular las posibles teorías del daño del caso que sean consistentes con esta realidad concreta, y así delimitar el marco de análisis e investigación del caso (ICN, 2013, pág. 2) .

La Autoridad buscará reunir elementos de cómo funciona la dinámica competitiva del mercado en particular, que, a modo de ejemplo, podría ser (ICN, 2013, pág. 10):

- Existencia de relaciones horizontal, vertical y/o de conglomerado entre las empresas participantes;
- Si el mercado es atomizado (presencia de varios agentes competidores) u oligopólico;
- Nivel de rivalidad entre los agentes económicos y capacidad de ejercer presión competitiva;
- Niveles de rivalidad por precio, volumen o calidad;
- Comportamiento histórico con relación a precios y participación de mercado de los agentes;
- Importancia de la tecnología e innovación;

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- Dinámica comercial y de negociación entre proveedores y clientes/consumidores;
- Existencia de efectos de red;
- Tamaño y capacidad de los agentes de mercado;
- Existencia y magnitud de barreras de entrada;
- Capacidad de expansión y reposicionamiento del mercado.

Esta valoración servirá también para identificar si la información aportada por los solicitantes es suficiente para hacer el análisis de fondo o si se debe hacer un requerimiento complementario. Además, dará elementos suficientes a la SUTEL para evaluar la pertinencia de conceder una dispensa de algún requisito o información omisos en la solicitud, pero que podrían no ser relevantes para analizar el fondo de la transacción, según lo dispuesto en el artículo 159 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736.

C. Criterios de presunción favorable

De conformidad con el artículo 102 de la Ley 9736, existen determinados casos en los que, "salvo prueba en contrario, se presumirá que una concentración no tiene como objeto o efecto previsible la obstaculización significativa de la competencia."

Estos supuestos los establece el artículo 150 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736, y son los siguientes:

- a) Cuando se trate de una transacción de conglomerado. Es decir, las empresas involucradas no realizan actividades económicas en el mismo mercado o en mercados relacionados verticalmente. En la valoración de este supuesto se considerarán las actividades tanto de las partes como de sus empresas relacionadas (SUTEL RCS-231-2018).
- b) Cuando, por su magnitud, se trate de una transacción de menor importancia, lo cual se presumirá cuando los agentes involucrados en la concentración posean una participación conjunta menor al 20% en las concentraciones horizontales, o una participación individual o conjunta menor al 30% en las verticales.
- c) Cuando un agente económico adquiera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de una empresa sobre la cual ya tiene el control parcial.
- d) Cuando el agente económico resultante de la concentración no realice ni haya previsto realizar actividades dentro del territorio nacional o cuando estas sean marginales. Este supuesto es frecuente, por ejemplo, en las transacciones que involucran a dos agentes económicos extranjeros, cuya incidencia local se determina por otras actividades de las partes que no se relacionan con la transacción.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- e) En las concentraciones horizontales, cuando la cuota de mercado combinada de todas las partes sea superior al 20% pero inferior al 40%; y el incremento del Índice Herfindahl-Hirschman ²⁰ resultante de la concentración sea inferior a 150.

Se trata entonces de situaciones en las cuales existe una presunción relativa (*iuris tantum*) de la legitimidad de la concentración. Esto significa que, sin necesidad de hacer un análisis por el fondo, se debe presumir la ausencia de una disminución a la competencia generada por la concentración, salvo que el análisis de la información que realice la SUTEL se desprenda que existen circunstancias particulares en la transacción que hagan revertir esta presunción.

En consecuencia, una vez definido el mercado e identificadas sus características, la SUTEL verificará si la concentración se ajusta a alguno de estos supuestos. En caso afirmativo, analizará si existe alguna prueba o información que revele la existencia de una situación específica que desvirtúe la presunción (pudiendo, por supuesto, hacer las indagaciones e investigación razonablemente necesarias para ello).

En los casos que no existan elementos que aconsejen la inaplicabilidad de la presunción, la concentración será aprobada invocando la presunción legal que la cobija, sin que se requiera mayor análisis. Caso contrario, de confirmarse la existencia de motivos suficientes para desvirtuar la presunción de validez, se continuará con el análisis sustantivo del caso según la metodología aplicable.

Es importante aclarar que la presunción favorable no exonera a las partes del deber de notificar las concentraciones que la Ley lo exija, sino que se trata de un criterio para analizar y aprobar determinadas transacciones, según el cual se presumirá la inexistencia de afectación significativa a la competencia. La notificación de las concentraciones es un deber formal que debe cumplirse independientemente de los efectos que las partes prevean que tendrá.

D. Naturaleza prospectiva del análisis

El hecho que la notificación de la concentración se realice de previo a su ejecución implica que el análisis de la autoridad de competencia necesariamente será prospectivo, ya que lo único observable es la situación del mercado de previo a la transacción, mientras que sus posibles consecuencias deben inferirse de la información con que cuente la autoridad (Autorité de la Concurrence, 2020, pág. 129). Es decir, con base en la evidencia e información a su alcance, la SUTEL debe prever cuáles serán los efectos futuros de la transacción y tomar decisiones con base en dicha previsión.

Esto no significa, en ninguna circunstancia, que el análisis sea especulativo. Aun cuando se refiera a estimaciones sobre hechos futuros, éstas deben obedecer a un análisis técnico y fundamentado, en el que la obstaculización significativa de la competencia sea más que una hipótesis o una mera posibilidad. Es decir, si bien es imposible tener una certeza absoluta de las consecuencias de la transacción, para atribuirle un objeto o efecto anticompetitivo debe demostrarse que hay una probabilidad real que éste ocurra (ACCC, 2017, pág. 10). Este análisis deberá siempre hacerse caso a caso, de manera que los efectos que se prevean en el mercado deben derivarse directamente de la concentración analizada.

²⁰ En las páginas 39 y 40 de esta Guía se detalla en qué consiste este índice y cómo se calcula.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

En esta valoración se comparan entonces dos escenarios futuros: el escenario más probable de darse la transacción, y el escenario más probable si no se realiza (este último llamado también “contrafáctico”) (ICN, 2006, pág. 8). Contrastando estos dos escenarios se busca aislar los efectos de la concentración en la dinámica del mercado y en la rivalidad entre los participantes²¹.

E. Estándar de análisis: Obstaculización significativa a la competencia

La Ley 9736 estableció un nuevo estándar de valoración de concentraciones, abandonando el parámetro de poder sustancial (o “estándar de dominancia” como se le conoce internacionalmente) para adoptar el criterio de “disminución sustancial de la competencia” para el análisis de fondo de los casos ^{23 24} .

Conforme a este parámetro, una concentración es anticompetitiva si puede disminuir significativamente la competencia, con independencia de si el agente económico resultante tendrá o no poder sustancial en el mercado relevante (OCDE, 2010, pág. 8).

Esta regla la establece el artículo 101 de dicha Ley, según el cual la SUTEL aprobará “las concentraciones que no tengan como objeto o efecto previsible obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado relevante afectado por la transacción, o en otros mercados similares o sustancialmente relacionados”. Adicionalmente, dicho artículo señala que “La valoración de la autoridad de competencia correspondiente considerará la creación o el refuerzo del poder sustancial, si se posibilita la coordinación entre agentes económicos y si se generan resultados adversos para los consumidores”. Igualmente establece que “...los indicios para determinar cuándo una concentración puede obstaculizar de forma significativa la competencia, serán definidos por las autoridades mediante reglamento ejecutivo”.

Al respecto el Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736 indica que se considera que una transacción puede obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado, cuando esta:

- a) Otorgue o refuerce una posición de poder sustancial al agente económico resultante, con el cual pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la competencia en el mercado.

²¹ Sobre el escenario contrafáctico y el análisis de causalidad se puede consultar la Sección IV.F. de esta guía ²² Previo a la vigencia de la Ley 9736 el análisis de fondo de una concentración se basaba en el estándar del “poder de mercado” (conocido internacionalmente como “test de dominancia”), con base en el (hoy derogado) artículo 16.1. de la Ley 7472, según el cual se aprobarían aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto no fuese: a) Adquirir o aumentar el poder sustancial de forma significativa y que esto conlleve una limitación o desplazamiento de la competencia; b) Facilitar la coordinación expresa o tácita entre competidores o producir resultados adversos para los consumidores; o c) Disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. ²³ A este estándar se le conoce en los Estados Unidos como SLC (Substantial Lessening of Competition) y en la Unión Europea como SIEC (Significant Impediment of Effective Competition). ²⁴ Este cambio de estándar de análisis coincide con la tendencia internacional observada en los últimos 20 años, en los cuales varios países han pasado del “estándar de dominancia” hacia el SLC (o SIEC), mientras que en ese mismo periodo ningún país ha hecho el movimiento inverso, de pasar de un análisis de efectos a uno de poder de mercado (OCDE, 2010)

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- b)** Facilite sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de prácticas monopolísticas, ya sea individualmente o en coordinación con otros agentes económicos.
- c)** Establezca barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales.
- d)** Afecte la dinámica en los mercados afectados por la concentración de forma tal que genere efectos adversos para los consumidores.”

Es decir, la creación o refuerzo del poder sustancial en el mercado es un elemento que debe ser valorado por la SUTEL conforme los criterios del artículo 15 de la Ley 7472, pero no es suficiente ni indispensable para objetar una concentración. Bajo el nuevo estándar, la teoría del daño que debe formular la SUTEL se debe basar en los efectos económicos de la transacción y no en el poder de mercado de los agentes que se integran (Weinstok, 2020, pág. 94).

Así, la concentración no se valora según el poder que adquieren las partes (aunque este es un elemento por considerar) sino que se enfoca en las características del mercado, la dinámica de la competencia entre los agentes económicos que participan en éste y en la posible pérdida de competencia que podría generar la concentración.

Es importante considerar que no toda afectación potencial a la competencia da pie para fundamentar una objeción por parte de la SUTEL, sino que para ello se requiere que la afectación sea “significativa”. Es decir, no basta con que exista una afectación eventual, hipotética o apenas apreciable, sino que se requiere que sea material o sustancial. El grado preciso que debe tener un efecto anticompetitivo para convertirse en significativo se debe determinar caso a caso según las circunstancias particulares de la concentración analizada pero, por lo general, se considerará que existe tal efecto significativo cuando, producto de la concentración, sea posible aumentar los precios en el mercado de forma significativa y sostenible en el tiempo, sin que exista en el mercado presión competitiva capaz de restringir tal comportamiento de forma inmediata, o en el corto plazo (de uno a dos años máximo). Ahora bien, el hecho que se requiera que la afectación al mercado sea significativa no implica que necesariamente deben afectarse todos los aspectos de la competencia en el mercado, ni tampoco a la totalidad del mercado relevante (ACCC, 2017, pág. 9).

Este estándar busca cubrir concentraciones que generan efectos anticompetitivos aun cuando no crean ni consolidan una situación de poder en el mercado. Estos casos, que afectan negativamente a los consumidores y la dinámica del mercado, podrían ser aprobados bajo el antiguo “test de dominancia”, generando “errores de tipo 2” (falsos negativos).

Un caso típico de este tipo de situaciones ocurre en algunas concentraciones horizontales en mercados oligopólicos, donde los agentes económicos pueden subir sus precios con mayor facilidad sin coordinar entre sí y sin que ninguno de ellos tenga poder de mercado. Por ejemplo, en un mercado con tres competidores, el

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

segundo en tamaño se fusiona con el tercero, y después de la concentración sigue siendo segundo. En este ejemplo, la nueva estructura de mercado podría facilitar aumentos de precios producto de interacciones no-coordinadas de los competidores restantes sin que la concentración genere poder sustancial en el mercado (Jones & Sufrin, 2011, pág. 1181)

Otros casos en los que también podrían darse situaciones que llamen la atención de la SUTEL en ausencia de poder sustancial en el mercado incluyen la eliminación de un competidor potencial; la compra de un rival pequeño pero innovador con el propósito de retrasar la introducción de un nuevo producto o tecnología en el mercado; las compras en mercados de redes que inclinan la red hacia determinado estándar tecnológico; concentraciones que afectan el control de facilidades esenciales; entre otros (Röller & De la Mano, 2006, págs. 18-19).

Este principio también es de utilidad en las concentraciones verticales y las de conglomerado, donde podrían darse situaciones en las que un análisis basado en la estructura del mercado y la existencia de poder genere falsos negativos, ya que una integración entre empresas operando en distintos niveles del mercado o en mercados distintos podría tener efectos anticompetitivos aun cuando ninguna de ellas tenga poder sustancial en sus respectivos mercados (OCDE, 2010, pág. 8).

Es decir, la preocupación de la SUTEL, más allá del poder de mercado, es que la entidad resultante pueda eventualmente incrementar significativamente sus precios, reducir la diversidad de productos o servicios disponibles en el mercado o su ritmo de innovación (efectos unilaterales) o, bien, generar incentivos para reducir la rivalidad entre los diferentes agentes del mercado, posibilitando la coordinación de precios entre ellos (efectos coordinados).

Ahora bien, el estándar de análisis basado en los efectos pretende también evitar que la Autoridad formule objeciones a concentraciones que crean o fortalecen una posición de poder sustancial en el mercado, pero sin causar efectos anticompetitivos relevantes. Dichas objeciones generarían "errores de tipo 1" (falsos positivos), es decir, la prohibición de concentraciones pro-competitivas. Al no girar la valoración del caso alrededor de la existencia de poder sustancial en el mercado, aun cuando éste sigue siendo un elemento muy importante en el análisis, se abre un mayor espacio para otras consideraciones económicas que permitirán aprobar concentraciones que favorecen la competencia en el mercado (o no la perjudican) aun cuando tengan como efecto el de generar o fortalecer dicha posición de poder.

Un ejemplo de esta situación ocurre cuando un agente económico con poder sustancial adquiere a un rival que, sin estar en situación de crisis que signifique su salida del mercado, no está en condiciones de enfrentar a futuro los retos previsible de la dinámica del mercado, por lo que irreversiblemente dejó de ser un competidor efectivo o dejará de serlo en el corto plazo. En esta transacción la empresa adquirente refuerza su poder, pero la transacción no genera un efecto anticompetitivo relevante (ABA Section of Antitrust Law, 2008, págs. 181-182).

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

Otros ejemplos de concentraciones que podrían generar efectos pro-competitivos aún en situaciones de poder de mercado son: casos en los que las partes ofrecen productos que son sustitutos lejanos, pero que no obstante pertenecen al mismo mercado; concentraciones que involucran a una empresa con poder sustancial pero adquieren a un rival pequeño, por lo que la transacción genera un impacto mínimo en el mercado (es decir, el incremento en el poder de mercado es marginal); concentraciones que generan un contrapeso al poder de compradores dominantes; concentraciones que no obstante conceden poder de mercado a un actor, disrumpen una situación previa de poder conjunto entre varios agentes económicos (el balance de estas concentraciones podría en algunos casos ser positivo, porque rompe con un paralelismo oligopólico que podría ser más perjudicial para los consumidores que el eventual poder de mercado de una empresa) (Röller & De la Mano, 2006, págs. 20-21)

Es sumamente importante tener presente que ninguna de las circunstancias mencionadas significa automáticamente que la concentración será objetada ni que será aprobada incondicionalmente. Se trata de elementos que la SUTEL considerará al evaluar los efectos de las concentraciones que se sometan a su valoración.

F. Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones

En términos generales, los efectos anticompetitivos de una concentración pueden ser de dos tipos: unilaterales o coordinados. Ambos efectos tienen en común que generan el debilitamiento o la eliminación de presiones competitivas en el mercado, y en algunas circunstancias tienen magnitud suficiente para obstaculizar significativamente la competencia

La clasificación de los efectos aquí expresada se utiliza como referencia, ya que en ocasiones los efectos de algunas concentraciones podrían presentarse de forma tal que no sea distinguible con facilidad si pertenecen a una u otra categoría. Por ello, esta clasificación busca identificar ejemplos típicos que suelen ocurrir en aquellas concentraciones que generan efectos negativos a la competencia.

1. Teorías del daño en el análisis de la concentración

Una vez que se establecen las características de los mercados afectados, y en caso de no aplicar una presunción favorable, la SUTEL elaborará una teoría del daño específica para el caso. Esta teoría del daño le proporcionará el marco dentro del cual se valorarán los efectos de una concentración, para determinar si ésta podría llevar o no a una obstaculización significativa de la competencia. La información adicional que se solicite a los agentes económicos deberá estar siempre respaldada en la teoría del daño diseñada para el caso.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

Diseñar una teoría del daño clara permitirá identificar cuáles son los elementos claves a los que se debe prestar atención en una investigación, para confirmar o descartar los efectos que se prevén para una concentración. Esto permitirá, además, invertir mejor los recursos de la SUTEL y tramitar los casos con mayor celeridad.

En términos generales, la teoría del daño contiene una o más hipótesis sobre las formas en que la rivalidad entre los jugadores del mercado podría verse afectada por la concentración. Por ejemplo, contemplará los factores por los cuales compiten las partes en ese mercado específico (precio, innovación, calidad, rango de productos, entre otros) y la forma en la cual esa dinámica se vería afectada, así como la habilidad de los competidores restantes de adaptarse a estos cambios (OFT, 2010, pág. 21)

La teoría del daño describirá los posibles cambios que la concentración podría generar en el mercado, su impacto en la dinámica de la competencia y la forma que podrían afectarse los consumidores en comparación con el escenario contrafáctico (lo que sucedería si la concentración no se lleva a cabo) (OFT, 2010, pág. 10). Con base en esta teoría del daño se analizará la evidencia para verificar si la transacción generará a futuro estos efectos anticompetitivos (ICN, 2013, pág. 4). Si no hay evidencia que acredite la teoría del daño entonces se debe autorizar la transacción.

La teoría del daño debe ser específica para cada caso, considerando el tipo de concentración (horizontal, vertical o conglomerado), las características del mercado, las partes, sus motivaciones para realizar la transacción y demás información relevante. Considerando que en ocasiones una misma transacción puede tener varios efectos distintos, es también posible que la SUTEL deba desarrollar más de una teoría del daño para un mismo caso (ICN, 2006, pág. 10).

En términos generales, las concentraciones tienen dos tipos de efectos: los unilaterales y los coordinados. Los efectos unilaterales se relacionan típicamente con un fortalecimiento de la posición en el mercado del agente económico resultante y los coordinados con el favorecimiento de la colusión tácita o expresa entre los competidores restantes (OCDE, 2010, pág. 7). Estos efectos, sin embargo, se manifiestan de forma distinta según cada tipo de concentración y según las características de cada caso.

Con este propósito, para ayudar al diseño de la teoría específica de cada caso es útil considerar algunos efectos anticompetitivos que normalmente se asocian a cada tipo de concentración (horizontal, vertical o conglomerado) y que son típicamente esperables según el tipo de concentración. Esta identificación previa de posibles efectos es un punto de partida útil para el análisis, y muestra los elementos a los cuales la SUTEL podría prestar especial atención.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

En todos los casos, además de sus características particulares, el artículo 101 de la Ley 9736 requiere que la SUTEL considere la creación o el refuerzo del poder sustancial en el mercado, si se posibilita la coordinación entre agentes económicos y si se generan resultados adversos para los consumidores. Esto sin perjuicio de cualquier otro efecto anticompetitivo que se identifique en el caso particular.

2. Efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales

Dado su impacto directo sobre la estructura de competencia, al eliminar a uno o más competidores, las concentraciones horizontales podrían más fácilmente generar impactos negativos sobre el mercado. En este tipo de concentraciones típicamente destacan los siguientes efectos:

a) Efectos unilaterales

El análisis de los efectos unilaterales de una concentración horizontal está íntimamente ligado con el concepto de poder sustancial en el mercado.

Este análisis debe tener presente que en un mercado todos los agentes económicos tienen cierto grado de poder, aunque en la mayoría de los casos ese poder es compensado o superado por sus competidores. Es decir, todas las firmas pueden siempre unilateralmente aumentar sus precios o reducir su producción, pero solamente si tiene poder sustancial podrían hacerlo sin arriesgar perder una parte de sus ventas a favor de sus competidores (Azevedo & Walker, 2002).

Asimismo, en toda concentración horizontal desaparecerá al menos un competidor, por lo que el mercado necesariamente estará más concentrado que antes y el agente económico resultante tendrá más poder que el que poseía antes de la transacción. Por ello, la valoración importante no es tanto si este agente económico tiene poder en el mercado, sino más bien si este poder es sustancial, y más importante aún, si producto de la concentración aumenta a un nivel en que el bienestar del consumidor se deteriore de forma significativa (Röller & De la Mano, 2006, pág. 16).

Existen varios factores que normalmente la SUTEL considerará como indicios que la concentración podría generar poder de mercado, los principales de ellos son:

- **Participaciones de mercado elevadas:** Entre más alta sea la suma de las participaciones o cuotas de mercado de los participantes, será más probable que la concentración genere o refuerce una posición de poder sustancial en el mercado (Comisión Europea, 2004).

Al analizar este tipo de efectos, la valoración de la SUTEL girará primordialmente sobre la posibilidad de la concentración de provocar que uno o más agentes económicos aumenten el precio, reduzcan la producción, disminuyan la innovación o perjudiquen de otro modo a los consumidores como resultado de la disminución de la presión competitiva que provoca la transacción (DOJ/FTC, 2010, pág. 2).

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- **Competidores inmediatos:** Entre menor sea la diferenciación y mayor sea el grado de sustituibilidad entre los productos de los agentes económicos que se integran, será más probable que los precios suban de manera significativa.
Este efecto negativo disminuye cuando existan competidores con capacidad de ofrecer sustitutos cercanos a los productos del agente económico resultante (DOJ/FTC, 2010, pág. 22).
- **Posibilidades limitadas de los clientes para cambiar de proveedor:** La inexistencia o escasez de proveedores alternativos a quienes los clientes del agente económico resultante puedan acudir (sin incurrir en costos considerables) es un indicador de las probabilidades de aumentar los precios con posterioridad a la concentración (Comisión Europea, 2004).
- **Poca probabilidad que los competidores aumenten su oferta ante un aumento de precios:**
En ocasiones, las condiciones de mercado hacen poco probable que, ante un aumento de precios por parte del agente económico resultante, sus competidores aumenten la cantidad de unidades ofrecidas en el mercado, ya que podrían tener un incentivo para mantener su oferta por debajo de niveles óptimos y así generar más demanda y, en consecuencia, mayores precios. Por el contrario, cuando las empresas competidoras tienen amplia capacidad de suministro y un aumento en las ventas les resultará rentable, es poco probable que la concentración obstaculizará significativamente la competencia (Comisión Europea, 2004).
- **El agente económico resultante está en capacidad de impedir la expansión de sus competidores:**
Una concentración es probable que obstaculice significativamente la competencia si le otorga al agente económico resultante la posibilidad y el incentivo de restringir la capacidad productiva de sus rivales, o de aumentar significativamente los costos de tal expansión (Comisión Europea, 2004).
- **Eliminación de una fuerza competitiva importante:** Algunos agentes económicos tienen una influencia competitiva que no se ve reflejada en su participación de mercado. Por ejemplo, un entrante reciente en un mercado con altas barreras de entrada; una empresa altamente innovadora; y otras que, no obstante su baja cuota de mercado, ofrezcan productos nuevos con buenas perspectivas futuras (Comisión Europea, 2004).
- **Historial de ofertas cercanas en concursos:** En algunos mercados, especialmente en bienes intermedios, la dinámica de compras se realiza normalmente mediante concursos (con diversos niveles de formalidad y sofisticación). La probabilidad que se den efectos unilaterales anticompetitivos en estos entornos es proporcional a la frecuencia o probabilidad con la que, antes de la concentración, una de las partes ha sido la segunda mejor oferta cuando la otra ganó el concurso (DOJ/FTC, 2010, pág. 22).

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

La anterior lista no es exhaustiva. Asimismo, ninguno de estos indicios es en sí mismo suficiente, ni tampoco deben presentarse todos, para concluir que la concentración genera efectos anticompetitivos. La Autoridad analizará en su conjunto las distintas condiciones del mercado y las características de cada caso para determinar si existe o no una obstaculización sustantiva al proceso de competencia por medio de los efectos unilaterales de la concentración.

b. Efectos coordinados

Una concentración horizontal podría obstaculizar la competencia si facilita o promueve que la entidad resultante y sus competidores puedan alinear su comportamiento y desmejorar la competencia en el mercado, en perjuicio de los consumidores.

Esta coordinación podría ocurrir no solo con relación a los precios, sino en general con cualquier aspecto por medio de los cuales compiten los agentes económicos en el mercado (en el caso de productos relativamente homogéneos es más probable que la coordinación se base en precio o volúmenes de venta, mientras que en productos diferenciados es más probable que se dé por medio de la división de mercados) (ACCC, 2017, pág. 17). Este comportamiento coordinado puede ser expreso o tácito, es decir, puede involucrar un acuerdo (sancionable como práctica monopolística absoluta), o ser producto de interacciones no-colusivas, como por ejemplo una conducta conscientemente paralela.

Para que se dé este tipo de comportamientos, los participantes deben estar en capacidad de alcanzar un acuerdo y supervisar su cumplimiento (viabilidad). Además, deben tener mecanismos creíbles para mantener la disciplina de los participantes, castigando las posibles desviaciones o incumplimientos (sostenibilidad interna). Finalmente, debe estar a salvo de presiones provenientes fuera del acuerdo, es decir, sin presiones competitivas de terceros ajenos al esquema coordinado que puedan romper con este mecanismo de forma rentable (sostenibilidad externa) (Wish & Bailey, 2012, pág. 871) (SUTEL RCS-221-2019). Las concentraciones que generan este tipo de preocupaciones son aquellas que reducen o debilitan significativamente los incentivos para competir en el mercado, favoreciendo este tipo de escenarios y aumentando la probabilidad de que ocurran comportamientos coordinados.

En muchas ocasiones, sin embargo, estos efectos coordinados son difíciles de cuantificar o de demostrar mediante pruebas directas. Por ello, las autoridades de competencia usualmente analizan las condiciones del mercado y es probable que muestren preocupaciones si: (1) La transacción aumenta significativamente el nivel de concentración en el mercado; (2) El mercado tiene características que lo hacen vulnerable a las conductas coordinadas; y (3) La Autoridad tiene fundamentos para considerar que la transacción va a incrementar esta vulnerabilidad (DOJ/FTC, 2010, pág. 25)

Con relación al segundo de los elementos, los siguientes son algunos factores que hacen que un mercado sea más vulnerable a los efectos coordinados de una concentración (DOJ/FTC, 2010, págs. 26-27):

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- **Antecedentes de coordinación:** Las probabilidades de coordinación aumentan si existen antecedentes de colusión entre agentes que representen una porción significativa del mercado (salvo que las condiciones competitivas hubiesen cambiado desde entonces). Colusión histórica en otros mercados (geográfico o de producto) también tendrá este efecto si las condiciones de esos otros mercados son comparables.
- **Características del mercado:** Entre más simple y estable sea el entorno, más fácil y probable será que sus participantes coordinen acciones. Esto ocurre, por ejemplo si: hay pocas firmas en el mercado; los productos son homogéneos y pocos (es más fácil concertar un solo precio de un producto simple que múltiples precios de productos diferenciados); las condiciones de precio, demanda y participaciones de mercado son estables (volatilidad de la demanda, cambios en las participaciones de mercado y la entrada de nuevos competidores suelen ser indicios que la coordinación será más difícil); y el nivel de innovación es bajo y poco importante (Comisión Europea, 2004).
- **Transparencia en las condiciones:** Un mercado es más vulnerable a conductas coordinadas si los participantes pueden observar fácilmente las iniciativas y comportamientos de sus rivales. Esto les permite detectar infracciones o desviaciones de parte de los participantes de un esquema coordinado. Monitoreos frecuentes entre los competidores es un indicador de esta transparencia.
- **Facilidad para anticipar reacciones de rivales:** El incentivo de una empresa por procurar ganarle clientes a sus rivales disminuye si es posible anticipar una reacción rápida de dichos rivales por retener su negocio. Las posibilidades de anticipar estas reacciones aumentan cuando hay pocos competidores; los productos son relativamente homogéneos; para los clientes es fácil cambiar proveedores; o si es común en el mercado permitir que los proveedores igualen ofertas competitivas.
- **Capacidad de reacción de competidores:** Las empresas tienen menos incentivos competir agresivamente en mercados en los que es esperable una reacción rápida de los competidores que le impediría obtener un beneficio significativo por la mejora en las condiciones (esto suele ocurrir, por ejemplo, en los mercados en los que las ventas son pequeñas y frecuentes). Por el contrario, es más probable que un agente económico adopte un comportamiento competitivo cuanto tiene expectativas de crecer sus ventas y su participación con relativa rapidez.
- **Elasticidad de la demanda:** Entre menos elástica sea la demanda en el mercado más rentable (y por lo tanto más probable) será la coordinación. En los mercados inelásticos los agentes económicos perderán pocos clientes ante un aumento de precios, y ganarán pocos negocios nuevos mejorando sus condiciones de la oferta.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- **Poder de mercado conjunto:** Para que ocurran los efectos coordinados de una concentración no es necesario que todos los participantes del mercado participen, la competencia puede debilitarse si una parte importante de agentes competidores poseen poder de mercado conjunto. Por otro lado, este poder se debilita si existen competidores que, aunque sean menores, poseen incentivos para no sumarse al comportamiento coordinado y hacer crecer sus ventas y participación mediante una mejor oferta (a éstos últimos se les conoce como “competidores al margen” o “fringe competitors”).
- **Dinámica de las compras:** Las características de los compradores y sus patrones de compra pueden afectar las probabilidades de coordinación. Por ejemplo, los oferentes tienen mayores incentivos para competir agresivamente por ventas más espaciadas en el tiempo y de mayor tamaño. Por ello, los grandes compradores en ocasiones pueden romper un esquema de coordinación si organizan sus compras por medio de concursos por grandes cantidades, en lugar de hacer varias compras pequeñas.

Ninguno de estos elementos es por sí mismo determinante (ni deben estar todos presentes necesariamente). Tampoco se trata de una lista exhaustiva. La Autoridad podría tomar en cuenta estos y otros elementos en su análisis para evaluar de forma integral la probabilidad que la concentración genere este tipo de efectos coordinados.

3. Efectos anticompetitivos de las concentraciones verticales

Las concentraciones verticales tienen un mayor potencial que las horizontales para generar ganancias de eficiencia, principalmente porque las actividades de las partes tienden a complementarse entre sí (ICN, 2006, pág. 12), lo que genera un efecto positivo en el mercado. De hecho, es un principio generalmente aceptado que la mayoría de las concentraciones verticales no debieran generar mayores preocupaciones para la competencia en el mercado. Aun así, algunas de ellas sí pueden obstaculizar de forma significativa la competencia (OFT, 2010, pág. 49).

La Autoridad de Competencia prestará mayor atención a los siguientes posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones verticales:

a. Efectos unilaterales

Los principales efectos unilaterales asociados con las concentraciones verticales se relacionan con el cierre del mercado, la creación de barreras a la competencia y el acceso a información sensible. Se analizará cada uno de ellos:

Cierre del mercado

Una concentración vertical genera efectos anticompetitivos cuando le otorga a un agente económico la habilidad de obstaculizar a sus rivales el acceso a fuentes de suministro (bloqueo de insumos) o a una base suficiente de clientes (bloqueo de clientes), de forma tal que reduzca su capacidad o el incentivo para competir.

Ambos efectos se refieren a la capacidad que la empresa verticalizada tiene de eliminar sus rivales, de aumentar

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

sus costos o elevar las barreras de entrada de forma perjudicial a la competencia, efectos comúnmente referidos como “posibilidad de cierre de mercado” (market foreclosure) (ICN, 2006, pág. 12). Para que se dé este efecto no es indispensable que impida totalmente la entrada o fuerce la salida de sus rivales, el cierre del mercado se da cuando a éstos se les impide competir en condiciones razonables (Comisión Europea, 2008)

Los efectos unilaterales de las concentraciones verticales se manifiestan de forma distinta que las horizontales, y se relacionan principalmente con el posible cierre del mercado, creación de barreras a la competencia y acceso a información sensible.

Un ejemplo de bloqueo de insumos se podría dar si se concentra el proveedor único de una materia prima con un fabricante que la necesita, y la empresa integrada le niega la venta o le impone condiciones desfavorables de adquisición de esta materia prima a otros fabricantes, impidiéndoles competir efectivamente. Por su parte, un ejemplo de bloqueo de clientes podría ocurrir cuando un fabricante adquiere control de los canales de distribución del producto y les niega a otros fabricantes la posibilidad de distribuirlos en el mercado.

Al analizar si un cierre de mercado es capaz de obstaculizar significativamente la competencia, la SUTEL valorará si la empresa integrada tiene la capacidad de bloquear el acceso, el incentivo para hacerlo, y el efecto que tal estrategia tendría para los consumidores:

- **Capacidad:** Para que una empresa tenga capacidad de generar un bloqueo anticompetitivo debe tener poder sustancial en uno o más niveles de la cadena de comercialización, o en alguno de los mercados relacionados con la concentración (ACCC, 2017, pág. 26). Adicionalmente, los competidores deben de carecer de alternativas razonables a las cuales acudir en el evento de darse una negativa de trato por parte del agente resultante de la concentración. De existir alternativas a las cuales los competidores puedan acudir en el corto plazo y sin incurrir en costos significativos, la concentración difícilmente generará preocupaciones a las Autoridades (DOJ/FTC, 2020, pág. 6). Si el agente económico resultante de la concentración carece de capacidad para abastecer al mercado que dejarían los competidores potencialmente excluidos, es poco probable que ocurra la exclusión (SUTEL RCS-231-2018).
- **Incentivo:** Para que el cierre de mercado sea probable debe ser rentable. Es decir, el agente resultante de la concentración debe tener incentivos suficientes para negar a sus rivales el acceso a fuentes de suministro o a clientes. Para ello, las ganancias esperadas en precio por ejercer su poder de mercado deben superar el valor de las ventas perdidas por negar el trato a sus competidores (Comisión Europea, 2008), (DOJ/FTC, 2020). En este análisis se tomará en cuenta, entre otros factores, las posibilidades de expansión del agente económico integrado; el comportamiento y preferencias de los clientes/consumidores; y las posibles ganancias por la diversificación de riegos.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- **Efecto probable de la estrategia:** En los casos en que el agente resultante tenga la capacidad y el incentivo de cerrar el mercado, se evaluarán los posibles efectos de tal cierre en el mercado descendente (también llamado “aguas abajo”), esto es, en el nivel de mercado de venta de los productos a los consumidores finales (OFT, 2010, pág. 52) (Comisión Europea, 2008), con el fin de determinar si existe una obstaculización significativa de la competencia.
- **En este análisis, se tomará en cuenta:** la proporción y significancia de las firmas excluidas; la proporción y significancia de otros agentes económicos con capacidad de abastecer el mercado; las posibilidades de crear barreras adicionales en otros mercados relacionados; la significancia en los mercados descendentes del insumo cuyo acceso podría bloquearse; y la presencia de poder compensatorio de los rivales (afectados o no), particularmente la posibilidad de las empresas integrarse para evitar el cierre del mercado (ACCC, 2017, pág. 28)

Las concentraciones que cumplan con estas condiciones potencialmente generarán preocupación a la SUTEL, que probablemente analice con más detalle sus efectos en el mercado, para valorar en conjunto con las demás circunstancias del caso si son capaces de obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado.

Creación de barreras a la competencia

Otros posibles efectos unilaterales en este tipo de concentraciones son el incremento de costos a rivales o la creación de barreras en el mercado. En términos generales, el análisis de las teorías del daño basadas en estos dos posibles efectos es similar al del cierre del mercado, por lo que puede aplicarse por analogía lo dicho en líneas anteriores sobre este efecto.

Acceso a información sensible

Una concentración vertical podría darle al agente económico resultante acceso a información comercialmente sensible relativa a las actividades de sus competidores en los mercados ascendentes o descendentes. En algunas ocasiones, el acceso a esta información podría generar comportamientos que disminuyan la intensidad de la competencia en el mercado.

Un ejemplo de ello ocurre si el agente, gracias a la concentración, se convierte en proveedor de sus competidores, lo cual le dará acceso a información previamente no disponible sobre los costos, volúmenes y demás condiciones comerciales en las que opera su competidor, y en consecuencia comportarse de forma menos competitiva en perjuicio de los consumidores (Comisión Europea, 2008). Los competidores, por su parte, podrían negarse a hacer negocios con el agente económico resultante para evitar que éste utilice su información sensible, lo cual podría inclinarlo por opciones de suministro menos eficientes (DOJ/FTC, 2020, pág. 10).

b.Efectos coordinados

El marco general de análisis para los efectos coordinados derivados de las concentraciones verticales es similar al indicado anteriormente para las horizontales. La Autoridad analizará el efecto previsible de la concentración, para determinar si ésta cambiará la naturaleza de la competencia de forma tal que, aumente significativamente

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

la probabilidad de los agentes económicos de empezar a coordinar sus acciones en el mercado.

En general, una concentración vertical puede ayudar a que se generen condiciones en el mercado que faciliten la coordinación, tales como (DOJ/FTC, 2020, pág. 10):

- Acceder a información sobre competidores por parte de la empresa resultante de la concentración.
- Si se excluyen competidores del mercado puede aumentar el nivel de concentración, haciendo más fácil para los agentes económicos coordinar entre sí.
- Podría aumentar la simetría entre los distintos oferentes, así como la transparencia de la información en el mercado.
- En casos que el agente económico resultante de la concentración se convierta en un proveedor importante de sus principales competidores, estará en condición de alinear el comportamiento del mercado.
- En algunos casos las concentraciones verticales generan barreras que dificultan la entrada o expansión de competidores disruptivos que podrían romper esquemas de coordinación existentes.

Estos factores, por supuesto, no son de aplicación automática. La Autoridad podrían objetar una concentración con base en efectos coordinados cuando la evidencia muestre que el mercado tiene estas (u otras) señales de vulnerabilidad para la coordinación.

4. Efectos de las concentraciones de conglomerado

La gran mayoría de las concentraciones de conglomerado no parecen generar problemas de competencia en el mercado, de ahí que se amparan en la presunción favorable del artículo 150 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736.

Ahora bien, algunas concentraciones de este tipo podrían llamar la atención de la SUTEL cuando, producto de la concentración, el agente económico resultante pueda excluir competidores del mercado y, como consecuencia, afectar la dinámica competitiva (ICN, 2006, pág. 13). Típicamente esto tiene más probabilidad de ocurrir en mercados en los que las partes tienen poder sustancial en sus respectivos mercados y además los mercados en los que operan las partes están estrechamente relacionados, tales como productos que se complementan entre sí, o que pertenecen a una gama de productos que suele ser comprada por un mismo grupo de clientes para un mismo uso final (Comisión Europea, 2008).

Internacionalmente se han desarrollado algunas teorías del daño relacionadas con las concentraciones de conglomerado. Todas ellas tienen dos elementos en común: la importancia del poder de mercado (o la ausencia

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

de competencia efectiva en al menos uno de los mercados involucrados); y el rol prominente de las ventas atadas o empaquetamiento de productos (OCDE, 2020, pág. 10).

Las ventas atadas consisten en un condicionamiento según el cual los compradores de un producto pueden comprarlo solamente si además adquieren otros adicionales. Las ventas en paquete consisten en el ofrecimiento de un descuento o beneficio por la compra conjunta de un grupo de productos que se ofrecen también individualmente. Una situación similar se da con los llamados efectos de portafolio o de cartera, en los cuales los patrones de compra usuales en el mercado implican la compra conjunta de varios productos que se relacionan o se complementan entre sí.

Si bien, normalmente las concentraciones por conglomerado presentan ganancias de eficiencia y no son anticompetitivas; cuando confluyen algunos elementos adicionales podrían generar efectos anticompetitivos.

a. Efectos unilaterales

Las teorías del daño por efectos unilaterales en concentraciones de conglomerado por lo general se enfocan en uno o más de los siguientes efectos :

- **Cierre del mercado por ventas atadas y en paquete:** Es posible que un agente económico con poder sustancial en un mercado se concentre con otro en un mercado más competitivo y pretenda posteriormente apalancar su poder al mercado en donde enfrenta más competencia. Una forma de lograrlo es vender el producto respecto al cual tiene poder bajo la condición de que sus clientes le adquieran el producto que enfrenta más competencia (OCDE, 2020). Cuando las condiciones se prestan para ello, esta estrategia aumenta los costos de salida y de cambio de operador para aquellos clientes del servicio empaquetado (SUTEL RCS-149-2015) lo cual podría eventualmente excluir del mercado a competidores que ofrezcan únicamente el segundo producto, o al menos ponerlos en desventaja.
- Al analizar la probabilidad que suceda este efecto, la SUTEL valorará la capacidad del agente económico de bloquear el acceso, el incentivo para hacerlo, y el efecto que tal estrategia tendría para los consumidores (SUTEL RCS-331-2019), de forma similar al análisis del cierre de mercado como efecto de las concentraciones verticales²⁵.
- También se valorará la medida en la que las ventas en paquete son atribuibles a una eventual conducta abusiva del agente económico resultante, o si corresponden a la dinámica normal del mercado. Esto último es común, por ejemplo, en mercados en redes, donde las economías de escala y de alcance son básicas en la estrategia comercial (SUTEL RCS-221-2019)
- **Discriminación de precios mediante ventas atadas y en paquete:** El empaquetamiento de productos o las ventas atadas también podrían facilitar la discriminación de precios. Al empaquetar los productos, el oferente con poder en el mercado podría forzar a sus clientes

²⁵ Ver Sección IV.E.3. de esta guía

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

a pagar un precio superior al que normalmente pagarían por un producto con tal de poder comprar otro (OCDE, 2020).

- **Eliminación de incentivos a la innovación a través de las ventas atadas y en paquete:** En mercados de productos que se complementan entre sí o que juntos forman parte de un mismo sistema, las ventas atadas o en paquete podrían desincentivar la inversión en innovación por parte de competidores potenciales que podrían ofrecer solamente uno de ellos, al carecer del producto que lo complementa (OCDE, 2020).

Efectos de cartera (portfolio effects): Los efectos en cartera ocurren cuando un grupo importante de clientes tiene un considerable interés en comprar a un solo proveedor la gama de productos en cuestión en lugar de comprar a muchos proveedores. En la mayoría de los casos esto genera ganancias de eficiencia y ahorros en costos, aunque en algunas situaciones calificadas podrían generar exclusión significativa de competidores (OCDE, 2020)

- **Efectos diferidos en el tiempo producto de la convergencia tecnológica:** En determinados mercados la convergencia tecnológica podría provocar que productos o servicios complementarios entre sí al momento de la transacción se conviertan en sustitutos en el corto o mediano plazo. Una integración entre empresas que se dedican a este tipo de servicios (que sería de conglomerado al momento de la transacción) podría tener efectos horizontales en el futuro cercano.

b. Efectos coordinados

En ocasiones las concentraciones de conglomerado pueden facilitar la coordinación entre los competidores restantes del mercado (entendida esta coordinación en los mismos términos que los expresados con relación a las concentraciones horizontales)²⁶. Algunas formas en que podría darse la coordinación en estos casos son:

- Como resultado indirecto de la exclusión de competidores o la generación de barreras de entrada, volviendo factible la coordinación (Comisión Europea, 2008).
- Volviendo más vulnerables a competidores sin llegar a excluirlos del mercado, de manera que para ellos sea más conveniente seguir los precios producto de la coordinación en lugar de desafiarla (Comisión Europea, 2008).
- Aumentando el alcance de las posibles medidas disciplinarias y las posibilidades de detectar desviaciones a un acuerdo colusivo (Comisión Europea, 2008).
- Generando más interacciones frecuentes entre los mismos competidores en distintos mercados, incrementando la transparencia y la posibilidad de coordinar sus estrategias (OFT, 2010, pág. 54)

²⁶ VER SECCIÓN IV.E.2. DE ESTA GUÍA

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

G. Escenario contrafáctico y causalidad entre la transacción y los efectos anticompetitivos

Para determinar que una concentración obstaculiza de forma significativa la competencia, la SUTEL deberá demostrar que existe una relación causal entre ésta y el efecto anticompetitivo que se le atribuye. Esta relación de causalidad forma parte de la teoría del daño del caso.

Es decir, es indispensable verificar que el resultado anticompetitivo fue ocasionado por la concentración, y no obedece a otras causas. Para ello, se acude a la fórmula conocida como supresión mental hipotética, conocida también como “conditio sine qua non”, que consiste en eliminar hipotéticamente la concentración del elenco de hechos analizados, y observar si el resultado anticompetitivo se mantiene. Si el resultado previsto desaparece al eliminar la concentración, entonces existirá un nexo de causalidad entre ambos (y viceversa).

Según se indicó anteriormente²⁷, el análisis de causalidad en las concentraciones se hace por medio del diseño de un “escenario contrafáctico”, que permita aislar los efectos de la concentración comparando lo que probablemente sucederá en el mercado en caso de darse la transacción con lo que probablemente suceda en su ausencia.

En muchos de los casos las condiciones competitivas existentes al momento de la concentración son un buen punto de partida para este análisis. Sin embargo, el escenario futuro en ausencia de la concentración no necesariamente coincide con el actual, por lo que se consideran también cambios futuros en el mercado que pueden predecirse razonablemente (Comisión Europea, 2004). Basar el análisis exclusivamente en el estado de las cosas al momento de la transacción puede provocar que erróneamente se le atribuyan a la concentración efectos que obedecen a una causa distinta, y que de todas maneras sucederán en su ausencia. Igualmente, enfocarse excesivamente en las condiciones del mercado al momento de la transacción podría también obviar una disminución significativa en la competencia cuando la concentración limita el surgimiento de nuevas presiones competitivas inexistentes al momento en que esta se realiza (ACCC, 2017, pág. 11).

Por estas razones, el escenario contrafáctico se compone no solo de las condiciones existentes en al momento de la transacción, sino que también debe considerar los cambios inminentes en el mercado, para reflejar adecuadamente la forma en que probablemente se desenvolverá la competencia en ausencia de la transacción. Para ello, se usará como referencia un horizonte de uno a dos años de tiempo para estimar los cambios en proceso o prontos a ocurrir.

Algunos ejemplos de estas situaciones podrían ser (ICN, 2006, págs. 8-9):

- Ingreso o salida en el corto plazo de competidores al mercado, o planes firmes de expansión de competidores existentes.
- Una o más partes de la concentración expandirán sus operaciones o extenderán sus actividades si la transacción no se realiza.

²⁷ Ver Sección IV.F. de esta guía

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- Los activos por adquirirse saldrán del mercado irremediablemente²⁸.
- Cambios regulatorios recientes o inminentes que afectan la estructura del mercado, tales como liberalización de industrias o imposición de requisitos de operación más estrictos.
- Otros cambios que, considerando la naturaleza dinámica de los mercados, podrían tener implicaciones para el análisis de competencia.

En el escenario contrafáctico, sin embargo, no se considerarán aquellas situaciones que probablemente sean producto de una manipulación por parte de los agentes económicos interesados en impulsar la aprobación de la concentración. Algunas señales de manipulación podrían incluir cambios súbitos en políticas comerciales que coincidan con la negociación de la transacción o el trámite de la solicitud; así como aquellas acciones de las partes que no puedan ser explicadas comercialmente y que claramente no obedezcan a un interés de maximizar utilidades o de beneficiar a sus accionistas (ACCC, 2017, pág. 11).

H. Elementos de análisis

Una vez diseñada la teoría del daño del caso, se verificará si ésta se confirma o no en la materialidad. Si la evidencia recabada no confirma dicha teoría del daño la transacción será aprobada. En caso contrario, de confirmarse la existencia de efectos anticompetitivos se determinará si (según los criterios de la Sección V. de esta guía) la transacción debe ser aprobada, condicionada, o rechazada.

La verosimilitud de la teoría del daño se analizará conforme a los criterios del artículo 15 de la Ley 7472²⁹. La valoración conjunta de estos factores permitirá a la SUTEL identificar el entorno y la presión competitiva que podrían experimentar las partes de la concentración, ya sea por condiciones estructurales; o por el comportamiento de los demás participantes en el mercado. A mayor probabilidad de experimentar presiones competitivas posteriores a la concentración, menores posibilidades habrá de que ésta obstaculice significativamente la competencia en el mercado (y viceversa).

De todos los elementos a evaluar, el más significativo es quizás la participación de mercado. Sin embargo, no es en sí misma evidencia decisiva o concluyente para determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial en el mercado relevante. Los demás factores, como las barreras de entrada, existencia y magnitud de los competidores, capacidad de aumentar la oferta, condiciones de acceso a insumos, u otros, pueden hacer que las participaciones pierdan importancia (COPROCOM Opinión 18-2018). Incluso en los casos en que el agente resultante adquiere una participación significativa de mercado, del resto de factores podría llegar a concluirse que la transacción no obstaculizará significativamente la competencia (COPROCOM Voto N° 32-2013). De ahí que todos los criterios señalados por la Ley deben evaluarse conjuntamente.

Las condiciones del mercado no son estáticas y los comportamientos de los agentes económicos pueden cambiar a través del tiempo, por lo que el análisis siempre debe hacerse caso por caso, y si bien todos los factores deberán ser tomados en cuenta, no se requiere que todos ellos apunten en una misma dirección

²⁸ Este tema se analiza con más detalle en la Sección V.B. de esta guía. ²⁹ Conforme a la remisión que a éste hace el artículo 101 de la Ley 9736.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

para poder arribar a una conclusión. Es decir, en algunos casos, un solo factor puede ser suficiente para colegir la existencia de suficiente presión competitiva como para descartar la obstaculización significativa de la competencia, mientras que en otros casos se requerirá la combinación de varios factores distintos para llegar a una conclusión (ACCC, 2017, pág. 10).

1. Participantes, participaciones y concentración de mercado

Las participaciones de mercado de los distintos agentes económicos y el nivel de concentración de la oferta son elementos de suma importancia en el análisis, ya que usualmente reflejan el tamaño relativo de los distintos participantes de un mercado. Las participaciones por sí mismas no permiten llegar a conclusiones definitivas sobre los efectos de la concentración, por lo que deben analizarse en conjunto con los demás elementos. Sin embargo, las participaciones de mercado proporcionan información preliminar de la estructura del mercado y la importancia competitiva de las partes de la concentración y sus competidores (Comisión Europea, 2004). El cálculo de las cuotas de mercado incluye como participantes a todos aquellos agentes económicos que obtienen ingresos del mercado, independientemente del origen geográfico de las ventas. En ocasiones, adicionalmente, se podrán incluir firmas que aun cuando no participan en el mercado podrían hacerlo en el corto plazo y sin necesidad de hacer inversiones significativas, en caso de identificar una oportunidad (conocidos como "entrantes rápidos"). Algunos ejemplos de entrantes rápidos son: (a) Agentes económicos ubicados fuera del mercado geográfico, pero con capacidad de entrar con facilidad; (b) Fabricantes de productos cercanos, que con pequeños ajustes en su producción podrían producir los productos del mercado relevante; (c) En mercados con altas barreras de entrada, agentes económicos que las han superado o están muy cerca de hacerlo, y podrían empezar a generar ventas en el corto plazo.

La medida para calcular la participación de mercado será, por lo general, el valor de las ventas, aunque en algunos casos el tamaño relativo de los distintos agentes económicos se podría medir mejor de otras formas, dependiendo de las características del mercado y de la información disponible (OFT, 2010, pág. 39). Por ejemplo, en mercados de productos homogéneos la capacidad de producción es mejor indicador que las ventas para medir la significancia competitiva de una empresa. Igual ocurre con mercados en los que las compras se negocian con poca frecuencia y por períodos largos, donde las ventas producto de transacciones recientes puede ser una mejor medida que las ventas totales (DOJ/FTC, 2010, pág. 17). La Autoridad también podrían utilizar otros datos cuando no dispongan de información confiable sobre el valor de las ventas. En esos casos, el tamaño relativo de las empresas se podría medir por medio de la cantidad de unidades vendidas; cantidad de suscriptores; volumen de compras; cantidad y tamaño de locales comerciales; y otros.

Por lo general, una alta participación de mercado permite inferir la existencia de poder sustancial, sobre todo si se ha sostenido a lo largo del tiempo (Comisión Europea, 2009). Esta presunción se refuerza si el mercado se compone por bienes o derechos escasos, como podrían ser, por ejemplo, algunos servicios de telecomunicaciones que requieren uso del espectro radioeléctrico, o bien si el agente económico que posee una alta participación controla también el acceso a facilidades esenciales.

Sin embargo, las participaciones de mercado deben analizarse en conjunto con el resto de información

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

relevante. Las condiciones del entorno competitivo y las características del mercado podrían hacer que la cuota de participación actual de una empresa en particular subestime o exagere su importancia competitiva futura.

En este análisis, más que solamente observar las participaciones de mercado, interesa determinar el impacto futuro de la concentración y la posibilidad que tendrán los demás jugadores para competir con el agente resultante (ABA Section of Antitrust Law, 2008, págs. 138-139). Por ello, la inferencia de poder sustancial futuro con base en la participación de mercado es refutable con base en los demás factores de análisis. Algunos ejemplos de estos factores son la inexistencia de barreras de entrada significativas³⁰(ABA Section of Antitrust Law, 2008, pág. 192), las dificultades de la empresa líder para crecer más (Röller & De la Mano, 2006, pág. 15), o la presencia de competidores de menor tamaño con la capacidad y el incentivo para aumentar su suministro³¹ (Comisión Europea, 2004).

Algo similar ocurre cuando la participación de mercado es baja. El artículo 150 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736 establece una presunción favorable para las concentraciones horizontales cuando, producto de la operación: i. la participación conjunta resultante sea menor o igual al 15% o, ii. superior al 15% e inferior al 30%, siempre que, producto de la concentración, la participación resultante no aumente más de un 2%. En el caso de las concentraciones las verticales, cuando ninguna de las partes alcance una participación de mercado igual o superior al del 30% en ninguno de los mercados afectados por la concentración.

En sentido similar, algunas autoridades internacionales han señalado que es poco probable que una empresa con una cuota de mercado inferior al 40% ostente poder de mercado, aun cuando sea la empresa con mayor participación (Comisión Europea, 2009) (CNDC, 2019).

Esta presunción también es refutable según las circunstancias específicas del caso y las condiciones de competencia en el mercado. Por ejemplo, una empresa con baja participación de mercado podría no estar enfrentando presión competitiva de sus rivales si éstos tienen limitada su capacidad productiva. Asimismo, una participación baja podría subestimar el poder de una empresa en un mercado oligopólico de productos altamente diferenciados, donde es posible que varias empresas ostenten simultáneamente poder de mercado, incluso si ninguna de ellas es un claro líder. En este caso, el poder de mercado está más relacionado con el grado de sustituibilidad entre diferentes marcas competidoras que con sus participaciones de mercado. (Röller & De la Mano, 2006, pág. 15).

Otro elemento por considerar es el grado en que las participaciones de mercado varían en el tiempo, ya que podría indicar cuáles empresas han ido ganando o perdiendo fortaleza. (Comisión Europea, 2004). Cuotas de mercado variables podrían ser un indicador de un mercado con competencia más dinámica, mientras que cuotas estables a lo largo del tiempo podrían ser una señal de poca intensidad en la competencia. En este sentido, la pérdida de participación a lo largo del tiempo por un agente económico ha sido considerado como un indicio de ausencia de poder de mercado (COPROCOM Opinión 16-2017). De igual forma, cambios en la concentración del mercado a lo largo del tiempo, podrían revelar la frecuencia con que ingresan nuevos jugadores al mercado, así como las posibilidades de los nuevos entrantes y las empresas más pequeñas de atraer clientes y crecer.

³⁰ Ver al respecto la Sección IV.G.2 de esta Guía. ³¹ La existencia y capacidad de los competidores es otro de los factores que se analiza en la Sección IV.G.3. de esta Guía.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

Además de las cuotas de mercado en sí mismas, otro factor relevante es la distancia relativa entre los tamaños de los distintos agentes económicos. Por ejemplo, es menos probable que ocurran efectos anticompetitivos en un mercado con varios jugadores de tamaños similares entre sí que en un donde exista una diferencia importante entre las firmas que se integran y sus rivales inmediatos (Bishop & Walker, 2000, pág. 147).

Por ello, además de revisar las participaciones de los distintos agentes económicos, la SUTEL estimará la concentración del mercado, es decir la combinación de la cantidad y tamaño relativo de agentes económicos en el mercado relevante. En las concentraciones horizontales, las variaciones en la concentración antes y después de la transacción serán un indicador importante sobre posibles efectos de la concentración sobre la estructura del mercado (DOJ/FTC, 2010, pág. 17). En las verticales y de conglomerado, conocer los niveles de concentración en los distintos mercados relevantes podría ser un indicador de la probabilidad, duración y alcance de los eventuales efectos anticompetitivos derivados de la concentración (DOJ/FTC, 2020, pág. 4).

Para medir la concentración del mercado la herramienta más común internacionalmente es el conocido como Herfindahl-Hirschmann (HHI por sus siglas en inglés). El valor del HHI corresponde a la suma de los cuadrados de las participaciones individuales de mercado de las firmas participantes³². Este índice no solo considera la cantidad y tamaño relativo de los participantes del mercado, sino que también las diferencias entre sí. Idealmente el cálculo incluirá a todos los participantes del mercado, pero la falta de información sobre competidores muy pequeños puede carecer de importancia, ya que éstas apenas influyen en el HHI (Comisión Europea, 2004).

Los valores del HHI son interpretados para determinar el nivel de concentración del mercado y, en las concentraciones horizontales, su variación antes y después de la transacción. En particular, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (DOJ/FTC, 2010, pág. 19)³³, consideran mercados desconcentrados aquellos que presentan un HHI de hasta 1500 puntos; mercados moderadamente concentrados aquellos con un HHI de entre 1500 y 2500 puntos y mercados altamente concentrados aquellos en los cuales el HHI supera los 2500 puntos. Sobre esta base, las autoridades mencionadas establecen los siguientes valores para las concentraciones horizontales:

- **Cambios menores en la concentración:** Concentraciones que representan un incremento en el HHI menor a 100 puntos tienen poca probabilidad de generar efectos adversos a la competencia y por lo general no requieren más análisis.
- **Mercados no concentrados:** Concentraciones que resulten en mercados no concentrados tienen poca probabilidad de generar efectos adversos a la competencia y por lo general no requieren más análisis.

³²Por ejemplo, dado un mercado con 4 firmas, cuyas cuotas son a, b, c y d, el valor del HHI es: $a^2 + b^2 + c^2 + d^2$.

³³Otras autoridades utilizan usualmente otros valores ligeramente distintos. Por ejemplo:

- En la Unión Europea "Es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia horizontal en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1000. En general, no es necesario proceder a un análisis pormenorizado de este tipo de mercados. Asimismo, es improbable que la Comisión encuentre problemas de competencia horizontal en una concentración que dé lugar a un IHH de entre 1000 y 2000 y a un delta inferior a 250, o en una concentración que arroje un IHH superior a 2000 y un delta inferior a 150" (Comisión Europea, 2004).
- En Australia: "La ACCC en general será menos probable que identifique preocupaciones en concentraciones horizontales si el HHI posterior a la concentración: es inferior a 2000, o supera los 2000 con un delta inferior a 100" (ACCC, 2017, pág. 35).
- En el Reino Unido: "un mercado con un HHI post-concentración que exceda 1000 podría ser considerado como concentrado y un mercado con un HHI post-concentración que exceda 2000 como altamente concentrado. En un mercado concentrado, una concentración horizontal que genere un delta menor a 250 no es probable que genere preocupaciones. En un mercado altamente concentrado una concentración horizontal que genere un delta de menos de 150 no es probable que dé causas de preocupación" (OFT, 2010, pág. 40).

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- **Mercados moderadamente concentrados:** Concentraciones que resulten en mercados moderadamente concentrados donde el aumento en el HHI supera los 100 puntos pueden potencialmente generar preocupaciones a la competencia, por lo que generalmente requieren un análisis más detallado.
- **Mercados altamente concentrados:** Concentraciones que resultan en un mercado altamente concentrado con un aumento en el HHI entre 100 y 200 puntos pueden potencialmente generar preocupaciones a la competencia, por lo que generalmente requieren un análisis más detallado. En caso de que, en estos mercados, el aumento supere los 200 puntos aplicará una presunción (refutable) que probablemente refuerzan una posición de poder sustancial.

Estos umbrales no pretenden generar una fórmula rígida para distinguir las concentraciones benignas de las anticompetitivas. Al final, lo que es relevante para el análisis de la concentración es la relación entre la concentración del mercado y la intensidad de la competencia en éste, lo cual requiere analizar todos los factores relevantes previo a arribar a una conclusión (ACCC, 2017, pág. 35).

A pesar de estas limitaciones el análisis de la concentración en el mercado ofrece un mecanismo rápido para identificar algunas concentraciones que no generan preocupaciones competitivas, y otras para las cuales es importante examinar si los demás factores confirman, refuerzan o refutan sus potenciales efectos anticompetitivos producto de un aumento de la concentración en el mercado. Cuanto mayor sea el HHI posterior a la concentración y el aumento del HHI, mayores serán las posibles preocupaciones competitivas de la SUTEL y mayor será la probabilidad de que se requiera un análisis de segunda fase (DOJ/FTC, 2010, pág. 19). Además del HHI, existen también otras herramientas o índices sumamente útiles para este análisis (Lis-Gutiérrez, 2013). Por ejemplo, el “índice de asimetría” de Kwoka mide la asimetría del tamaño de las firmas dentro de un mercado, independientemente de la cantidad de empresas existentes; el “índice de dominancia” de Melnik ofrece una medida de participación a partir de la cual una empresa podría considerarse como dominante para el mercado específico (SIC, 2018); y el “Índice de presión alcista de precios (IPAP)” de Farrell y Shapiro evalúa los efectos unilaterales una concentración horizontal en el caso de productos diferenciados (CNDC, 2017). Estas herramientas, junto con otras de aceptación internacional, podrían ser también utilizadas por la SUTEL.

El análisis de las participaciones y concentración de mercado, si bien es un elemento sumamente importante, no es absoluto, ya que a veces las participaciones no reflejan la realidad del mercado. Algunas de estas situaciones se dan cuando: i) participa un competidor potencial o entrante reciente con baja participación de mercado; ii) una o más de las partes que se concentran son importantes innovadores, situación que no se refleja en sus participaciones de mercado; iii) existen significativas participaciones accionarias cruzadas entre los participantes del mercado; iv) una de las firmas que se integra es una empresa “díscola” (“maverick competitor”³⁴) con alta probabilidad de interrumpir conductas coordinadas; v) hay indicios de coordinación presente o pasada o de prácticas facilitadoras de coordinación; vi) una de las empresas que se concentran posee una alta participación de mercado previa a la operación (Comisión Europea, 2004); y vii) el mercado se caracteriza por pocas compras de gran volumen, usualmente a través de concursos, donde las participaciones

³⁴ Se considera un “maverick competitor” (que puede traducirse como empresa discola, competidor rebelde, vigoroso o disidente) a la firma que muestra políticas agresivas de fijación de precios y dificulta las estrategias de fijación de precios supracompetitivos.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

en ventas no reflejan la intensidad de la competencia en cada concurso ni las posibilidades de los jugadores de participar en concursos futuros (OCDE, 2007, pág. 8).

2. Barreras de entrada o expansión de competidores en el mercado

Las barreras de entrada son aquellos obstáculos que debe enfrentar un competidor potencial para entrar a un mercado, o un competidor actual para expandirse (Jones & Sufrin, 2011). La valoración de las barreras de entrada es una de las etapas más importantes en el análisis de concentraciones, ya que determina si una transacción que involucre servicios sustitutos cercanos restringe la competencia, cuando hay pocas alternativas disponibles en el mercado.

De acuerdo con la teoría de los mercados contestables³⁵, las empresas podrían tener poco o ningún poder de mercado ante la amenaza permanente de un posible nuevo entrante. Por el contrario, cuando existen barreras de entrada o de salida que protegen a los operadores actuales, los agentes serán más propensos a tener poder de mercado más duradero, lo cual podría agravarse por la concentración (OCDE, 2020, pág. 19)

Si la entrada en un mercado es relativamente fácil, es poco probable que una concentración genere un riesgo anticompetitivo importante, ya que el posible ingreso de nuevos competidores, o la expansión de los actuales, puede generar presión competitiva suficiente como para que los agentes económicos con poder en el mercado se abstengan de subir sus precios por encima de niveles competitivos (Bishop & Walker, 2000, pág. 40).

Ahora bien, la mera hipótesis de un nuevo entrante al mercado no es suficiente para considerar que existe una presión competitiva suficiente sobre las partes de la concentración. Para ello debe demostrarse que dicha entrada es probable, que se producirá con prontitud y que será suficiente para disuadir o impedir los efectos anticompetitivos potenciales de la concentración (Comisión Europea, 2004). Para estos efectos, cada uno de estos requisitos se entenderá de la siguiente forma:

- **Probabilidad:** La entrada o expansión de competidores no solo debe ser posible, sino también una reacción probable ante un intento de ejercer poder por parte del agente resultante de la concentración. Para ello, debe ser suficientemente rentable teniendo en cuenta los riesgos y costos de una entrada fallida, los precios de los productos y las respuestas potenciales de los operadores existentes. La entrada es menos probable si se requiere de gran escala para ser económicamente viable, o si los operadores existentes pueden proteger sus cuotas de mercado ofreciendo contratos a largo plazo o concediendo descuentos preferentes sobre los precios a aquellos clientes que el nuevo operador trate de captar (Comisión Europea, 2004).
- **Prontitud:** La posible entrada se considera que genera presión competitiva solamente cuando sea suficientemente rápida y sostenida para desincentivar el ejercicio del poder de mercado. Lo que constituye un plazo adecuado para la entrada dependerá de las características y dinámicas de cada mercado, pero normalmente debería ocurrir dentro de un plazo de dos años (Wish & Bailey, 2012, pág. 874)

³⁵ Se dice que un mercado es contestable cuando hay libre entrada y salida de este y dicha entrada o salida puede hacerse con gran rapidez. En estos mercados, aún habiendo una sola empresa operando, esta no puede fijar precios por encima de niveles competitivos sin atraer nuevos competidores al mercado.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

- **Suficiencia:** Los posibles entrantes no generarán presión competitiva a menos que representen una amenaza real de obtener una parte relevante de las ventas del agente con poder en el mercado. Si la entrada es en pequeña escala, localizada, o dirigida a nichos particulares del mercado, difícilmente representará una amenaza suficiente. Por otro lado, no se requiere que una sola empresa alcance por sí misma la escala y rango de productos necesarios, la entrada por parte de múltiples firmas podría ser suficiente si generan en conjunto una amenaza suficiente para disuadir al agente resultante de fijar sus precios a niveles supra competitivos (ACCC, 2017, pág. 37).

Las posibilidades de ingreso de competidores potenciales están directamente relacionadas con las barreras de entrada. Cuando las barreras son bajas, la amenaza de entrada al mercado por parte de nuevos competidores podría ofrecer presión competitiva suficiente para disuadir a un agente económico de ejercer su poder de mercado, ya que ante un aumento de precios arriesgaría perder sus clientes a favor de un nuevo entrante (ABA Section of Antitrust Law, 2012, pág. 234). Por otro lado, cuando las barreras son altas la concentración puede fortalecer el poder de mercado o crear ineficiencia sin generar la entrada de nuevos competidores, por lo que los efectos de la concentración en la estructura del mercado son más permanentes (OCDE, 2020, pág. 10).

En esta valoración de las barreras de entrada se analiza si son lo suficientemente altas como para permitir un aumento de precios por encima de niveles competitivos por un período significativo de tiempo (Coate & Rodriguez, 1997, pág. 69). Por ello, no se requiere que la concentración aumente las barreras de entrada para que sea considerada como anticompetitiva, basta con que esas barreras existan y que le permitan al agente económico resultante margen suficiente para aumentar sus precios sin experimentar presiones competitivas de posibles entrantes al mercado. Si, adicionalmente, la concentración aumenta las barreras de entrada al mercado los efectos anticompetitivos serán más severos (ACCC, 2017, pág. 36).

Pese a que las barreras de entrada pueden adoptar múltiples formas, en términos muy generales pueden clasificarse en cuatro categorías (OFT, 2010, págs. 59-60):

- **Ventajas absolutas:** Son privilegios que tienen los agentes que ya operan en un mercado. Se trata por ejemplo de barreras legales, como licencias y permisos limitados o difíciles de obtener que limitan la cantidad de operadores en un mercado, barreras comerciales (arancelarias y no-arancelarias), entre otros. También se ubican en esta categoría algunas barreras técnicas, como acceso a derechos de propiedad intelectual o a facilidades esenciales requeridas para operar en el mercado, como por ejemplo el acceso a postiería en servicios que requieren el despliegue de una red fija (SUTEL RCS-149-2015).
- **Ventajas intrínsecas / estructurales:** Estas surgen de la tecnología, métodos de producción u otros factores necesarios para establecer una presencia efectiva en el mercado (como costos de instalación, costos asociados a la inversión en activos específicos, gastos en investigación y desarrollo, publicidad, entre otros). Estos costos tienen más probabilidad de desincentivar la

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

entrada en la medida en que se trate de costos hundidos, es decir, que no se recuperan al salir del mercado ni se pueden destinar fácilmente a otra actividad.

- **Economías de escala:** Surgen cuando los costos promedio disminuyen conforme aumenta el volumen de producción. Si bien las economías de escala se pueden asociar con una mayor eficiencia y menores costos, también pueden desincentivar el ingreso al mercado en pequeñas escalas, ya que los competidores potenciales deben enfrentar mayores riesgos para entrar al mercado.
- **Ventajas estratégicas:** En ocasiones los operadores ya establecidos en el mercado tienen ventajas sobre los nuevos entrantes. Estas ventajas (conocidas en inglés como “first-mover advantages”) se originan, por ejemplo, en la reputación, la experiencia, la lealtad a marcas, la lealtad a proveedores, y otros. Esta posición dificulta a los entrantes adquirir una participación de mercado significativa (SUTEL RCS-149-2015), y en ocasiones le permite a las firmas establecidas responder estratégicamente a la entrada de competidores, bajando los precios o invirtiendo en capacidad o marcas adicionales, lo cual encarece la entrada.

No todos los mercados tienen las mismas barreras ni en igual grado. De ahí que surge la necesidad de hacer un análisis caso a caso de su existencia y magnitud. Sin embargo, la identificación de los costos de un nuevo entrante que constituyen una barrera a la entrada para estos efectos y su cuantificación suele ser una tarea compleja. Por ello, es frecuente que las autoridades de competencia usen indicadores indirectos, tales como experiencia histórica de entradas y salidas al mercado. En este sentido, entradas recientes de competidores al mercado es la mejor evidencia que tal ingreso es posible. Asimismo, entradas y salidas frecuentes en un mercado es evidencia de condiciones de competencia agresiva (OCDE, 2020, págs. 19-20). Por su parte, ausencia de entrada ante aumentos históricos de precios es un indicador de que tal ingreso es lento o difícil (DOJ/FTC, 2010, pág. 28).

Un análisis adecuado de las barreras de entrada y de los elementos que puedan afectarlas ofrece una ventaja adicional a la SUTEL, ya que puede, en el momento correspondiente y de ser necesario, ayudar a determinar remedios y condiciones adecuados para la concentración.

3. Competidores actuales y potenciales

Los efectos anticompetitivos unilaterales de una concentración son poco probables si una porción relevante de los clientes de la entidad resultante tiene otros proveedores a quienes acudir (en el corto plazo y sin incurrir en costos significativos) ante la eventualidad de un aumento de precios (ICN, 2006, pág. 43). Este análisis incluye también a los competidores potenciales, es decir, aquellos que en caso de un eventual aumento de precios pueden reorientar sus instalaciones productivas y neutralizar el eventual ejercicio del poder de mercado (SIC, 2010, pág. 27).

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

Es posible incluso que competidores con baja participación puedan ejercer suficiente presión competitiva si tienen los recursos suficientes para crecer en el corto plazo (COPROCOM Voto N° 045-2017). Por ello, esta valoración considerará la capacidad y el incentivo de competidores actuales y potenciales de, ante un eventual abuso de poder del agente económico resultante, promover estrategias comerciales para atraer clientes y convertirse en contrapeso para disciplinar el mercado (SUTEL RCS-231-2018, 2018).

Si estos competidores, por su parte, están en capacidad de atender solamente una parte relativamente pequeña del mercado, difícilmente disuadirán a un agente económico con poder sustancial de subir sus precios por encima de niveles competitivos, y probablemente les será más rentable seguirlo para obtener réditos de un ambiente menos competitivo (generando posibles efectos coordinados). Como referencia, la SUTEL analizará si la competencia que se pierde con la concentración puede ser restituida por competidores nuevos o existentes en un plazo de uno a dos años (ACCC, 2017, pág. 24)

Algunos indicadores que se analizan para verificar la existencia de esta capacidad de reacción incluyen: capacidad productiva ociosa, o la posibilidad de desviar productos de otros mercados geográficos hacia el mercado relevante (ICN, 2006, pág. 43); posibilidad razonable de expandir su capacidad actual; la posibilidad del agente económico resultante de restringir la entrada o expansión de sus rivales; los términos en los que normalmente se venden los productos en el mercado; y las limitaciones y costos de los clientes para cambiar de proveedor con posterioridad a la concentración (ACCC, 2017, pág. 24).

En los mercados de productos diferenciados, además de estos factores, se analizará si los competidores menos directos al momento de la concentración tienen la capacidad y el incentivo de reposicionar sus productos o extender su rango con relativa facilidad y sin costos significativos ante un eventual aumento de precios por parte del agente económico resultante. (ACCC, 2017, pág. 24).

En ocasiones la concentración tiene como resultado el fortalecimiento de un competidor que ha tenido un comportamiento disruptivo o vigoroso en el mercado ("maverick"). Esto por lo general será visto positivamente por la SUTEL (COPROCOM Opinión N° 26-2018) (SUTEL RCS-230-2018). Sin embargo, si el mercado está altamente concentrado, una transacción que pretende fortalecer al agente resultante para enfrentar mejor a competidores de gran tamaño no siempre generará más competencia. Para justificar la transacción este factor deberá concurrir con otros elementos adicionales tales como la ausencia de barreras de entrada significativas, el incremento de la innovación gracias a la concentración, u otros (ABA Section of Antitrust Law, 2008, págs. 226-228).

4. Acceso a fuentes de insumos, a proveedores y a clientes

En su evaluación de las condiciones de mercado, la SUTEL considerará si existen condiciones razonables de acceso a proveedores claves y a una base suficiente de clientes que permita a los distintos agentes económicos competir en el mercado. No se trata de asegurar a todos los agentes económicos una participación mínima del mercado, sino más bien de verificar si existen barreras que impidan a algunos jugadores competir por mérito de forma razonable. Particularmente, se analizará la forma en que la concentración podría impactar

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

estos elementos y modificar las condiciones de competencia, para asegurar que no se bloquee o dificulte indebidamente tal acceso³⁶.

En algunas ocasiones, el ingreso o permanencia de un agente económico en el mercado depende del acceso razonable a insumos esenciales que son controlados por una o varias empresas (COFECE, 2015, pág. 32). Si bien en algunos mercados de telecomunicaciones este problema se puede resolver por medio de las reglas de acceso e interconexión³⁷, estas reglas no solucionan todos los posibles problemas de acceso, ni aplican a todos los mercados. Por ende, las posibilidades de acceso a insumos, proveedores y clientes será uno de los elementos de análisis de las concentraciones, para dimensionar adecuadamente los efectos de la concentración.

Además de la anterior, existen otras situaciones que podrían ser relevantes con relación al acceso a proveedores y clientes. Una de ellas ocurre en los mercados donde se generan los llamados “efectos en red”, en los que el valor percibido de un producto aumenta conforme crece de la cantidad de consumidores que lo consumen. Estos efectos en red, y su influencia sobre las condiciones de poder participar de forma razonable en el mercado, serán tomados en cuenta por la SUTEL.

Otro caso típico se da en los llamados “mercados de múltiples lados”, en los que se atiende a distintos grupos de consumidores por medio de una plataforma que los une, donde la cantidad de consumidores que utilizan un lado del mercado afecta las condiciones de la oferta y la demanda en el otro lado. Ejemplos típicos de estos mercados son los periódicos, canales de televisión, tarjetas de crédito, y otros. (Wish & Bailey, 2012, pág. 11). Las plataformas digitales de ventas también son un caso claro de un mercado de múltiples lados, ya que requieren afiliar una cantidad importante de proveedores para que los consumidores la utilicen, y a la vez requieren una base importante de consumidores para poder afiliar negocios. En esos casos, las condiciones de la oferta y la demanda deberán analizarse en ambos lados del mercado.

5. Poder de compra de clientes y proveedores

Un agente económico está sometido no solo a presiones competitivas de sus competidores. En ocasiones sus clientes o proveedores³⁸ tienen un poder compensatorio suficiente para limitar sus posibilidades de ejercer poder de mercado. Por ello, es posible que aún si el agente económico resultante posee una alta participación de mercado, la concentración no obstaculice de forma significativa la competencia, al verse imposibilitado de actuar de forma independiente de sus clientes y proveedores (Comisión Europea, 2004).

Este poder compensatorio de los clientes se puede reflejar en poder de negociación, posibilidades de buscar otras fuentes de producto, promover nuevos entrantes, entre otras. Incluso en casos en los que el cliente debe necesariamente mantener las compras al agente económico resultante podría también compensar su poder si niega la compra de otros productos, elimina ventajas comerciales (tales como ubicación en espacios más visibles en el caso de un comercio detallista), o de formas similares (OFT, 2010, pág. 63). Lo importante es que el cliente represente una amenaza creíble de pérdida de negocios para el agente económico resultante que lo disuada de ejercer poder de mercado.

La existencia de este poder compensatorio hace menos probable que la concentración represente un obstáculo

³⁶ Al respecto se puede consultar lo dicho sobre este tema al analizar los posibles efectos unilaterales de las concentraciones verticales, en la sección IV.E.3. de esta guía.

³⁷ Estas reglas se establecen en los artículos 59 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones. ³⁸ Para efectos de esta guía se hará referencia al poder de compra de clientes del agente económico resultante, que es el lenguaje normalmente utilizado internacionalmente. Sin embargo, esto aplica también para proveedores que se encuentren aguas arriba de este agente económico, y a las relaciones con ellos.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO

significativo para la competencia en el mercado. Por ello, la SUTEL deberá valorar si este poder se mantendrá con posterioridad de la concentración (OFT, 2010, pág. 64), y si sus efectos benefician en general a los clientes del agente económico resultante o solamente a aquellos con poder de compra (DOJ/FTC, 2010, pág. 27).

Cuando las condiciones de venta se establecen mediante negociaciones bilaterales entre el proveedor y sus clientes, la fuerza de negociación del proveedor con cada uno de sus clientes va a estar determinada por su dependencia mutua. En estos casos, será más fácil para los clientes de mayor tamaño promover nuevos entrantes o de integrarse verticalmente. Por su parte, los compradores más pequeños, por su bajo volumen de compra, pueden cambiar a otro de los proveedores ya existentes con mayor facilidad.

En casos en que la dinámica del mercado no obedece a negociaciones bilaterales, los precios y condiciones del mercado son más transparentes para todos los vendedores y compradores. En estos casos, el tamaño podría ser suficiente por sí mismo para generar este poder compensatorio, y además es más probable que dicho poder beneficie también a los clientes de menor tamaño (OFT, 2010, pág. 63).



V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

En ocasiones una concentración genera efectos anticompetitivos previsible, pero concurren otros motivos que superan estos efectos y por lo tanto ameritan su aprobación. Para ello, el artículo 101 de la Ley 9736 establece el deber de la SUTEL de valorar los siguientes elementos:

- a) Si la concentración es necesaria para desarrollar eficiencias, cuyos beneficios sean superiores a los efectos anticompetitivos.**
- b) Si la concentración es necesaria para evitar la salida del mercado de activos productivos de uno de los agentes económicos participantes en la concentración, como sería el caso de una situación financiera insostenible.**
- c) Si los efectos anticompetitivos pueden ser contrarrestados por condiciones impuestas por la SUTEL.**
- d) Cualquier otra circunstancia que a juicio de la SUTEL proteja los intereses de los consumidores nacionales.**

La Autoridad realizará un análisis global de la concentración desde el punto de vista del proceso de competencia de los mercados involucrados (Comisión Europea, 2004). De los distintos elementos invocados y demostrados por las partes podrá concluir que una concentración, a pesar de generar algunos efectos anticompetitivos, no representa un obstáculo significativo para la competencia en el mercado.

A. Ganancias de eficiencia

Si bien algunas concentraciones pueden generar efectos anticompetitivos³⁹, en ocasiones también tienen capacidad potencial de impulsar la eficiencia y la capacidad de un agente económico de competir en el mercado, lo cual a su vez promueve mejores precios o condiciones en la oferta en los mercados. Algunas concentraciones podrían permitir la formación de un competidor más efectivo; reducir los incentivos para aumentar precios, crear nuevos productos; introducir mejoras a productos existentes; dificultar la coordinación entre competidores; y otros (DOJ/FTC, 2010, pág. 30).

Por ello, la SUTEL aprobará una concentración cuando genere eficiencias del tipo y magnitud suficientes para reversar sus posibles efectos anticompetitivos, de manera que permitan concluir que la transacción no obstaculizará de forma significativa la competencia en el mercado (Comisión Europea, 2004). Entre más grandes sean los potenciales efectos adversos de una concentración, mayores deberán ser las ganancias de eficiencia que ésta genere, y es poco probable que sean suficientes para compensar los efectos de una concentración que genere un monopolio o cuasi-monopolio (DOJ/FTC, 2010, págs. 30-31).

³⁹ Ver Sección IV.E. de esta guía

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

1. Tipos de ganancias de eficiencia

De conformidad con el artículo 148 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736, se considerarán, entre otros, la posibilidad de una concentración de: a) Producir mejoras de los sistemas de producción o comercialización, mediante la obtención de ahorros en recursos, menores costos o la disminución de gastos administrativos; b) Fomentar la competitividad empresarial y el progreso técnico, mediante la transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado; y c) Favorecer los intereses de los consumidores o usuarios mediante una mayor o mejor oferta, menores precios o mayor innovación de productos.

En términos generales, estas eficiencias pueden ser de dos tipos distintos. Las productivas, referidas a la reducción de costos; o dinámicas, relacionadas con el desarrollo de nuevos o mejores productos. Las eficiencias productivas funcionan como contrapeso a los posibles efectos anticompetitivos, tanto unilaterales como coordinados, al eliminar incentivos tanto para incrementar precios como para coordinar acciones con competidores.

Las eficiencias dinámicas se reflejan en mejoras continuas en el desempeño, principalmente derivadas de la complementariedad que puedan tener los agentes económicos que se integran. Su compensación sobre los efectos anticompetitivos es indirecta. Es decir, no reducen su impacto, pero ofrecen un beneficio distinto a los consumidores. Una mejora de este tipo se da, por ejemplo, en los casos en que una empresa es adquirida por otra que utiliza una mejor tecnología para brindar un servicio (SUTEL RCS-406-2018) (SUTEL RCS-285-2018). En estos casos, la concentración podría, por un lado perjudicar a los consumidores provocando un aumento de precios, y a la vez promover la introducción de mejoras a los productos en el mercado (FNE, 2012, pág. 23). En este contexto, los siguientes son ejemplos de las principales eficiencias comúnmente reconocidas por experiencias internacionales:

- **Reducción de costos:** La reducción de costos puede ocurrir de varias formas. Por ejemplo, el agente económico integrado puede alcanzar economías de escala o de alcance; mayor eficiencia en procesos productivos o métodos de trabajo; y otros. Es más probable que la SUTEL tenga en cuenta los ahorros de costos cuando las eficiencias reducen los costos marginales o incrementales (o variables a corto plazo), ya que tienden a estimular la competencia y es más probable que se transfieran a los clientes en forma de precios más bajos. Por otro lado, la SUTEL no dará tanta importancia a los ahorros en costos fijos porque a menudo pueden representar ganancias privadas para las empresas (OFT, 2010, pág. 55).
- **Eliminación de doble marginalización:** La doble marginalización constituye una externalidad vertical al interior de una cadena de producción, resultado de una desalineación de incentivos entre proveedor y distribuidor. Cada eslabón en la cadena productiva (tal como productor, distribuidor, detallista) cobra un margen sobre su costo de compra. Al integrarlos verticalmente se podría alinear los incentivos entre los agentes de la cadena, de modo que las decisiones de precios que se tomen a ambos niveles tiendan a maximizar los beneficios conjuntos. Esto se debe a que la empresa relacionada verticalmente a menudo incurre en costos más bajos para

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

los insumos ascendentes que la empresa descendente habría pagado en ausencia de la fusión. Es decir, la empresa integrada verticalmente obtiene un ahorro por el autoabastecimiento de insumos, en comparación con el precio que pagaría adquiriéndolos a un tercero (DOJ/FTC, 2020, pág. 12).

- **Alineamiento de objetivos de inversión:** Las concentraciones verticales permiten alinear objetivos de un proveedor para realizar inversiones que beneficien a los siguientes eslabones de la cadena de comercialización. En ausencia de la concentración es más difícil que se den estas inversiones, porque podrían eventualmente beneficiar a un competidor. De esta manera, la integración de las empresas resuelve un problema identificado como “retracción de inversiones” (OFT, 2010, pág. 55).
- **Reposicionamiento de productos (efecto ambiguo):** Algunas concentraciones pueden resultar en el reposicionamiento de productos, aumentando la variedad de opciones en el mercado. Con posterioridad a la concentración el agente económico integrado podría buscar una mayor diferenciación entre sus productos, lo cual no solo genera opciones a los consumidores, sino que además abre oportunidades a los competidores para que introduzcan sus propios productos. Este efecto es particularmente difícil de medir, ya que debe determinarse mediante la combinación del aumento en la variedad y su efecto neto en los precios, el cual podría ser positivo o negativo según las circunstancias (OFT, 2010, pág. 55).
- **Introducción de nuevos productos:** Una concentración puede generar productos nuevos o mejoras a los existentes, mediante la combinación de recursos físicos e intelectuales de las partes. Por ejemplo, una empresa puede tener las capacidades de investigación y desarrollo mientras que la otra puede tener las capacidades comerciales necesarias para el desarrollo de un nuevo producto. Asimismo, la creación de un nuevo producto puede requerir la combinación de tecnologías para las cuales diferentes firmas tienen especialidades distintas. (Padilla & Evans, 2003).
- **Efectos en red (efecto ambiguo):** Los efectos en red surgen cuando los servicios se prestan a través de una red o una plataforma, donde los clientes valoran más la red o plataforma cuando es utilizada por un mayor número de otros clientes –ejemplo de redes de comunicación, plataformas digitales o mercados de múltiples lados. El resultado del efecto de redes puede ser positivo o negativo. Por un lado, la conformación de una red y su aumento resultante de la concentración puede beneficiar a sus clientes y consumidores con una mayor variedad y cobertura de servicios y productos, reducción de precios con el incremento de la red, y mejor adaptación tecnológica. Por el otro, la concentración podría bloquear algunos clientes de la red fusionada, generando beneficios a un grupo de clientes en perjuicio de otros, resultando consecuencias anticompetitivas para el mercado. (Padilla & Evans, 2003)

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

- **Reducción de precios:** La integración de empresas que ofrecen productos complementarios pueden conducir a una eficiencia de precios análoga a la eliminación de la doble marginación. En ausencia de la concentración las partes establecerían el precio para cada complemento sin tener en cuenta el impacto de sus precios en la demanda del otro. Con la concentración, la empresa integrada tiene un incentivo para establecer precios que maximicen las ganancias de la empresa en su conjunto, lo que puede resultar en precios más bajos para cada componente (DOJ/FTC, 2020, pág. 12), principalmente si los clientes tienen incentivos para comprar ambos componentes de un solo proveedor.
- **Reducción de costos de transacción:** Esta eficiencia puede surgir cuando los productos que ofrecen las partes de la transacción no son sustitutos entre sí, y los consumidores tienen incentivos para comprar un rango de productos a un mismo proveedor, ya sea por su complejidad tecnológica, por complementarse entre sí, por facilidades en la distribución, entre otras. Esto genera economías de alcance⁴⁰ en la compra de productos (adicional a las de ese mismo tipo que puedan generarse del lado de la oferta).

2 Requisitos de las eficiencias

La Autoridad incorporará dentro de su análisis global de la concentración a aquellas ganancias de eficiencia que promuevan la competencia en el mercado y no meramente generen ahorros operativos al agente económico resultante.

Por ello, el artículo 148 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736 exige que, para ser consideradas por la SUTEL, las eficiencias deben: a) Ser atribuibles directamente a la concentración; b) No ser alcanzables de una forma menos restrictiva para la competencia; c) Ser verificables; y d) Contrarrestar en su conjunto el daño previsible que la concentración podría generar a la competencia. Además de estos requisitos, experiencias internacionales exigen que se demuestre también que los beneficios de las eficiencias deben ser direccionados al consumidor, incrementando su bienestar, y que deben ser alcanzables en un tiempo razonable⁴¹.

Para mayor detalle:

- a) Atribuibles directamente a la concentración:** Las Partes deberán demostrar que las eficiencias son inherentes a la operación, es decir, atribuibles directamente a ésta y no obedecen a otras causas. Para ello, deberá hacerse un análisis de causalidad para determinar si las eficiencias hubiesen podido ser alcanzadas en ausencia de la operación de concentración.
- b) No alcanzables de forma menos restrictiva para la competencia:** Corresponderá a las partes demostrar que no hay alternativas realistas y viables que preserven las eficiencias invocadas con menores efectos anticompetitivos. Para ello, se considerarán solamente alternativas que sean prácticas y realizables en el contexto comercial de las partes, sin considerar opciones

⁴⁰ Las economías de alcance son aquellos ahorros que genera a un agente económico la producción o distribución de dos o más productos diferentes de forma simultánea.
⁴¹ Hay un consenso entre diferentes jurisdicciones con respecto este requisito. En este sentido pueden consultarse las Guías de Concentración de Brasil (CADE, 2017), Chile (FNE, 2012), Francia (Autorité de la Concurrence, 2020), Estados Unidos (DOJ/FTC, 2020), así como los postulados descritos por la International Competition Network (ICN, 2006).

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

meramente hipotéticas o teóricas (DOJ/FTC, 2010). Se entenderá que existen alternativas a la concentración cuando las eficiencias invocadas puedan ser alcanzadas en un período de hasta 2 años, por medio de otras alternativas factibles.

c) Verificables: Corresponde a las partes fundamentar las afirmaciones de eficiencia para que la SUTEL puedan verificar tanto la probabilidad como la magnitud de cada eficiencia declarada. Eficiencias que sean vagas, especulativas o que no sean razonablemente verificables no serán consideradas. Las que se basan en proyecciones se verán con escepticismo, particularmente cuando se generen fuera de los procesos normales de planificación de negocios. Aquellas que se basen en experiencias anteriores análogas son las que tienen mayores probabilidades de ser consideradas (DOJ/FTC, 2010).

d) Contrarrestar el daño previsible: Las eficiencias emanadas de una operación de concentración deben ser aptas para revertir los riesgos a la competencia asociados a la misma. Su magnitud debe ser suficiente para contrarrestar el incentivo de la empresa concentrada para aumentar los precios o afectar otras variables competitivas. Además, deben ser oportunas, es decir, idealmente coincidir temporalmente con los efectos anticompetitivos asociados a la operación de concentración, y mientras más tiempo demoren en concretarse menos consideración les asignará la SUTEL en su análisis.

e) Bienestar de los consumidores: La razón por la cual se toman en cuenta las eficiencias es para evitar que los consumidores sean perjudicados por la concentración. Por ello, deben beneficiar a los consumidores de los mercados relevantes para la transacción, ya que de lo contrario la concentración será más susceptible de causar problemas de competencia. El incentivo del agente económico integrado para trasladar a los consumidores los aumentos de eficiencia se relaciona directamente con el nivel de presión competitiva que experimentará, por lo que el análisis de eficiencias debe hacerse en conjunto con los demás elementos de la concentración (Comisión Europea, 2004).

Corresponde a las partes de la transacción describir la naturaleza y efectos de las eficiencias, cuantificando los mismos, cuando sea posible, así como el plazo en que se prevé que se desarrollen (el cual debe ser corto), acreditando éstas por todos los medios posibles (SUTEL RCS-149-2015).

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

B. Evitar salida del mercado de activos productivos

Una concentración que genera efectos anticompetitivos puede, no obstante, aprobarse si la empresa a ser adquirida saldrá de todas formas del mercado por razones no relacionadas con la concentración. Esta situación es la que internacionalmente se conoce como “excepción de firma en crisis”, “fusión de rescate”, o expresiones similares.

EXCEPCIÓN DE “EMPRESA EN CRISIS”

Según lo establecido en el Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736, en su artículo 149, los agentes económicos sólo podrán invocar esta excepción cuando se cumplan concurrentemente tres requisitos:

- a) El agente económico objeto de la adquisición se encuentre en una situación insalvable que le hará abandonar el mercado en un corto plazo si no es absorbido por otra empresa.
- b) No exista ninguna otra posibilidad de compra razonable, menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada.
- c) De no mediar una concentración, la desaparición del mercado de los activos del agente económico en dificultades resulte inevitable.

La excepción de la empresa en crisis se trata de un supuesto excepcional, que deberá ser alegada por las partes, y si bien presupone la existencia de una concentración que genera efectos anticompetitivos, será aprobada por la SUTEL, dada la inminente salida del mercado de los activos que pretenden ser adquiridos. La valoración de esta excepción tiene una relación directa con el escenario “contrafáctico” mencionado antes en esta guía⁴². En efecto, si los activos por ser adquiridos están destinados a desaparecer del mercado, una mirada prospectiva del mismo indica que los consumidores no estarán peor después de ejecutada la operación de concentración, de lo que estarían si ésta no tuviese lugar.

De ahí, el principio básico que subyace es que la futura estructura del mercado sería igualmente perjudicial para la competencia, independientemente de que la concentración sea aprobada o bloqueada. Por lo tanto, no existe un vínculo de causalidad entre la concentración y los efectos negativos sobre la competencia y, por lo tanto, no existiría un fundamento jurídico para prohibirla.

Por el contrario, la inevitabilidad de la salida del mercado de estos activos permite concluir que es más conveniente permitir esta compra que simplemente dejar que la empresa desaparezca. Es decir, el mercado estaría peor con la salida de estos activos del mercado, que con la aprobación de esta concentración, una vez que la transacción podría generar eficiencias o incluso tener ventajas socialmente valoradas, como la preservación de empleos (OCDE, 1996).

⁴² Ver sección IV.F. de esta guía

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

La salida del mercado usualmente se debe a una situación financiera insostenible. Sin embargo, la salida del mercado puede también originarse en otras razones que impidan la continuidad de explotación de la actividad (Autorité de la Concurrence, 2020) y que estén fuera del control de las partes. Es decir, que la salida del mercado no se debe a una decisión gerencial de renunciar a un negocio que no está a la altura de sus expectativas.

Adicionalmente, la SUTEL debe llegar a la convicción que no existe otra alternativa realista para evitar la salida de los activos del mercado con consecuencias menos lesivas para la competencia (OFT, 2010, pág. 23). Típicamente, esto se demuestra con intentos anteriores de buena fe realizados por los vendedores por intentar otras alternativas, tales como una reorganización financiera o buscar otros potenciales compradores, o demostrando la inviabilidad razonable de acudir a estas alternativas (DOJ/FTC, 2010, pág. 32).

Este mismo principio aplicará también en aquellos casos en los que el objeto de la transacción no es una empresa completa sino una de sus unidades de negocios o un grupo específico de activos. Es decir, la SUTEL valorará la viabilidad de esta unidad de negocios de mantenerse en el mercado aún si el agente económico tiene otras actividades que sí son rentables (OCDE, 1996). En estos casos, sin embargo, el análisis de causalidad se hace con mayor rigurosidad, ya que el cierre de la unidad de negocios podría obedecer a una decisión estratégica (por ejemplo, el incumplimiento de los objetivos comerciales planteados) y no a una situación de crisis o insolvencia. En este tipo de casos es posible para las empresas asignar contablemente las ganancias y pérdidas entre sus distintas unidades o actividades, lo cual dificulta demostrar el nexo causal entre las dificultades económicas de esta división y su salida del mercado (OCDE, 2009). En esta valoración, además, se considerará si el agente económico carece de razones estratégicas para mantener la unidad de negocios deficitaria, por ejemplo, si ésta incrementa las ventas de otros productos, incrementan la reputación y valor de la empresa frente a los consumidores, u otras razones que permitan concluir que, por razones estratégicas, la salida del mercado de estos activos no es inevitable (DOJ/FTC, 2010, pág. 32).

En algunos casos se presentan situaciones en las cuales la empresa o unidad que es objeto de la concentración no saldrá inevitablemente del mercado, pero está en una posición débil que le impedirá enfrentar en el mediano o largo plazo los retos y presiones competitivas que presenta el mercado. En estos casos, conocidos en inglés como "flailing firm" o empresa "debilitada", no se aplicará la excepción de empresa en crisis para aprobar la concentración con independencia de sus posibles efectos. Sin embargo, la débil situación competitiva de la empresa objeto será considerada en conjunto con los demás elementos y criterios de valoración del caso, para evaluar si la transacción puede obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado.

C. Posibilidad de aplicar condiciones para contrarrestar efectos de la concentración

Una vez analizados los probables efectos de la concentración, si la SUTEL concluye que probablemente obstaculizará de forma significativa la competencia en el mercado podrá condicionar su aprobación a la adopción de determinadas condiciones que estén diseñadas para reducir o contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos provocados por la concentración (o potenciar sus eficiencias).

El alcance de las condiciones será explorado en la Sección VI de esta guía.

V. AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIONES QUE GENERAN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

D. Otras circunstancias que protejan los intereses de los consumidores.

Conforme al artículo 101.d) de la Ley 9736, la SUTEL deberá valorar también “cualquier otra circunstancia que a juicio del Órgano Superior respectivo proteja los intereses de los consumidores nacionales”. Esta disposición se interpretará en el contexto de las potestades que las normas de competencia le otorgan a la SUTEL, y del objeto y propósitos de dichas leyes.

Es decir, a diferencia de otras legislaciones que conceden a las autoridades locales de competencia la potestad de tomar en cuenta otras consideraciones de orden público, la SUTEL, en el proceso de análisis de concentraciones, tiene competencia técnica y potestades legales para aplicar únicamente criterios de competencia y libre concurrencia en los mercados.

Por ende, para efectos prácticos, esta estipulación se interpretará como la posibilidad de la SUTEL de considerar en el análisis de concentraciones otros criterios que no estén expresamente contemplados en la normativa, pero que afecten la dinámica de la competencia en el mercado y que produzca efectos en el bienestar del consumidor. Algunos de estos criterios han sido desarrollados en las distintas secciones de esta Guía con base en las mejores prácticas internacionales.



VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

Conforme al artículo 101.d) de la Ley 9736, en aquellos casos que se identifiquen efectos anticompetitivos en una concentración, la SUTEL deberá valorar si estos efectos podrán ser contrarrestados por medio de condiciones. Estas condiciones, también referidas como remedios, podrán ser propuestas por las empresas involucradas conforme al procedimiento aplicable, o bien establecidas por la SUTEL.

El artículo 103 de esta Ley 9736 ofrece una lista no exhaustiva de posibles medidas que podrán ser empleadas, individual o cumulativamente, como remedios de una concentración, siempre que atiendan ciertos requisitos que serán detallados a continuación.

A. Principios generales

Los principios generales que debe observar la SUTEL al momento de seleccionar, diseñar e implementar una medida correctiva están dispuestos en el artículo 104 de la Ley 9736⁴³. Conforme con las mejores prácticas internacionalmente reconocidas, estos principios se interpretarán de la siguiente forma (ICN, 2016, págs. 2-3):

- a) Necesidad:** El propósito de las condiciones es mantener o restaurar las condiciones de competencia que de otra forma se perderían a causa de la concentración y no mejorar las condiciones del mercado cuando éste se vea afectado por causas ajenas a ésta. Asimismo, cuando sea posible, procurarán permitir la realización de las eficiencias y beneficios que la transacción presenta.
- b) Especificidad:** Las condiciones y remedios deben ser específicos para cada caso, y estar directamente relacionados con los efectos anticompetitivos de la transacción. Además, deben ser suficientes y apropiadas para el tratamiento de todos los efectos anticompetitivos identificados en el análisis de la transacción, de modo que no pueden ofrecer soluciones parciales. Para ello, la SUTEL determinará la naturaleza y alcance de los efectos anticompetitivos previstos y requerirá o aceptará condiciones acordes con estos efectos, basándose en el análisis económico y legal del caso concreto. El tipo de remedio a elegir (estructural, de conducta o híbrido) dependerá de la naturaleza del efecto anticompetitivo que se pretende evitar en el caso particular.
- c) Proporcionalidad:** La condición debe ser acorde con los efectos de la transacción, sin ir más allá de lo necesario para contrarrestar sus efectos anticompetitivos. De todas las alternativas disponibles, deberá requerirse la que sea menos intrusiva para las partes, sin comprometer su efectividad.
- d) Factibilidad y practicidad:** Las condiciones deben ser factibles de ser implementadas, monitoreadas y ejecutadas, teniendo en cuenta la necesidad de detectar fácilmente eventuales incumplimientos y previendo los recursos necesarios para su supervisión. Sus términos deben estar expresados claramente, ya que las ambigüedades dificultan su evaluación, implementación

⁴³ Este artículo establece lo siguiente: "ARTÍCULO 104- Valoración de propuesta de compromisos y establecimiento de condiciones.

Al valorar las propuestas de compromisos que formulen los agentes económicos y determinar cuáles son las condiciones necesarias para el caso específico, el Órgano Superior de la autoridad de competencia correspondiente deberá considerar que:

a) El objetivo de la imposición de condiciones es mantener el estado de la competencia en el mercado ante los efectos previsibles de la concentración, y no mejorar las condiciones de competencia de un mercado previas a la concentración.

b) Las condiciones deberán estar directamente relacionadas con los efectos anticompetitivos identificados por el Órgano Superior respectivo para la concentración específica.

c) De haber más de una alternativa para alcanzar fines similares, deberá elegirse aquella menos lesiva para los agentes económicos que deba cumplirla.

d) Las condiciones deben ser implementadas de manera rápida y la verificación de su cumplimiento debe ser viable y eficaz.

e) Las condiciones deben ser efectivas, tomando en cuenta su impacto competitivo, duración y riesgos en su implementación."

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

y ejecución. Además, deben ser lo suficientemente flexibles para poder ajustarse ante un cambio de circunstancias, especialmente para aquellos que deban ejecutarse a lo largo del tiempo. Las condiciones ofrecidas, además, deben ser técnicamente factibles, no siendo aceptables aquellas que no puedan ser adoptadas fácilmente en la materialidad (SUTEL RCS-149-2015).

e) Efectividad: Las condiciones deben ser efectivas para eliminar las preocupaciones identificadas por la SUTEL, no solamente ofrecer una posibilidad teórica de hacerlo. Para ello, deberá considerarse la dinámica de los mercados en donde se aplicarán, incluyendo la forma en que estos mercados podrían cambiar producto de las condiciones adoptadas. Los remedios deberán también contemplar la duración de los efectos que pretenden corregir, si son temporales o permanentes, y diseñarse en consecuencia. Se dará preferencia a remedios que surtan efectos más rápidamente por encima de aquellos que presenten soluciones en plazos largos o inciertos.

Al diseñar los remedios adecuados para una transacción se contemplarán los riesgos inherentes a su adopción. Estos riesgos se relacionan con la adecuación de las condiciones para resolver los efectos anticompetitivos de la transacción; las posibilidades de encontrar un comprador adecuado (en el caso de los remedios estructurales); y las dificultades y posibles fallas en su implementación y supervisión.

B. Tipos de condiciones

Los remedios y condiciones usualmente utilizados en materia de concentraciones se pueden clasificar en estructurales o de conducta, según impliquen o no la desinversión de activos por parte de los agentes económicos que se concentran.

Algunos remedios también pueden involucrar soluciones híbridas que combinan elementos de ambos grupos. En algunos casos es necesario establecer condiciones de conducta para asegurar la efectividad de los remedios estructurales. Un caso típico es una desinversión acompañada de un acuerdo de suministro temporal, para asegurar al comprador la posibilidad de establecer su propia infraestructura de producción durante un período de transición. Los remedios híbridos son útiles también en concentraciones que generan efectos en varios mercados distintos, y se deben establecer condiciones estructurales en unos y de conducta en otros (ICN, 2016, pág. 8).

1. Condiciones de estructura

Los remedios o condiciones estructurales son medidas correctivas que tienen el objetivo de mantener o restaurar la estructura competitiva en el mercado a través de la desinversión de ciertos activos o el licenciamiento de propiedad intelectual. Persiguen, así, la aparición de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores existentes, con el fin de restablecer la presión competitiva perdida como consecuencia de la concentración (OCDE, 2012, pág. 11).

Los remedios estructurales cumplen mejor con las características mencionadas anteriormente, y permiten

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

mejor su fiscalización a un menor costo y de forma más fácil y eficiente. Por ende, se acudirá a estas medidas de forma preferente cuando con ellas se solucionen plenamente los problemas que presenta la concentración. Este tipo de medida es particularmente pertinente para abordar los problemas horizontales de competencia. Algunos ejemplos de medidas estructurales incluyen:

- La separación o escisión del agente económico.
- La cesión, el traspaso, la licencia o la venta de uno o más de los activos, derechos, acciones, sistemas de distribución o servicios, a un tercero autorizado por la SUTEL.
- El rompimiento de vínculo con un competidor importante, por ejemplo, por la venta de intereses minoritarios en este competidor, o en una empresa de propiedad conjunta, con el fin de reducir o eliminar los efectos de una superposición en las cuotas de mercado o los efectos de la presencia de las partes en un mercado conectado verticalmente.

Este tipo de medidas enfrentan usualmente tres tipos de riesgo: a) Que el paquete de activos seleccionados no sea suficiente para restablecer la competencia en el mercado o atraer compradores potenciales; b) que el comprador no tenga capacidad de convertirse en un competidor efectivo; y c) que los activos se deterioren antes de su venta (FNE, 2017, pág. 11). La mitigación de estos riesgos deberá ser considerada por la SUTEL al diseñar y aprobar este remedio en cada caso.

Con relación al diseño del paquete de desinversión, el principal requisito es que sea suficiente para restaurar en el mercado las condiciones de competencia que se perderían con la concentración. Para ello, lo ideal es que la desinversión incluya todos los activos tangibles e intangibles que se requieran para que su comprador pueda competir efectivamente en el mercado de forma separada de los agentes económicos que se integran. En ocasiones existe incertidumbre sobre la capacidad del paquete de activos de atraer compradores elegibles. En estos casos, la SUTEL podrá requerir un grupo complementario de activos (conocidos como "Joyas de la Corona") para que sean agregados al paquete de desinversión en caso de que no se obtengan ofertas razonables de compradores elegibles y sea necesario hacer más atractiva la propuesta. (ICN, 2016, pág. 11)

Para disminuir el riesgo relacionado con las características del comprador, es importante que la desinversión se realice únicamente a favor de compradores previamente seleccionados por la Autoridad. Para ello, la resolución que apruebe el remedio deberá tener las condiciones mínimas que deben cumplir los compradores elegibles. Estas características deberán asegurar que el comprador potencial tenga la capacidad operativa y financiera para competir de forma efectiva (ICN, 2016, pág. 22) que sea totalmente independiente de los agentes económicos que se integran; que la compra de los activos no genere nuevos problemas de competencia; y que éste obtenga todos los permisos y licencias necesarios para operar de previo a formalizar la desinversión. Adicionalmente, se le podrá exigir al comprador presentar un plan de negocios para la operación de los activos por adquirir, y a asumir el compromiso de operar estos activos por al menos un tiempo determinado (FNE, 2017, pág. 13).

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

Por su parte, el riesgo de depreciación de los activos de previo a su desinversión puede mitigarse por medio de un diseño adecuado del proceso de venta de los activos. En primer término, se debe definir el momento cuando se elegirá el comprador y se alcanzará un acuerdo vinculante con éste, sea de previo a la aceptación de las condiciones (solución conocida como “fix-it-first”); después de aprobada la concentración y antes de formalizar la transacción; o después del cierre final de la concentración⁴⁴.

Otra medida de mitigación del riesgo se relaciona con el plazo que conceda la SUTEL para realizar la desinversión, ya que una prolongación excesiva promoverá el deterioro de los activos, aunque en ocasiones se debe ser flexible y dar más plazo a las partes (por ejemplo, en tiempos de crisis o de advenimiento de condiciones económicas imprevistas y severamente negativas). Corresponderá a las partes solicitar una extensión de los plazos y acreditar su fundamento. Adicionalmente, se podrán tomar medidas adicionales durante el proceso de enajenación, incluyendo la administración separada de los activos por un tercero previamente aprobado por la SUTEL (FNE, 2017, págs. 14-15).

2. Condiciones de conducta

Las medidas de conducta consisten en límites a conductas comerciales futuras, o la obligación de realizar determinadas conductas durante un período de tiempo determinado, a veces considerable, posterior a la consumación de la concentración. Los remedios y condiciones de este tipo abarcan una amplia gama de medidas que, por regla general, implican la imposición de una limitación o modificación a la conducta futura de los agentes económicos que se concentran. A menudo consisten en disposiciones de no-discriminación, separación de negocios, transparencia en la información o limitaciones contractuales (OCDE, 2012, pág. 11). PPor lo general, se utilizan este tipo de condiciones para evitar efectos verticales y de conglomerado de las concentraciones. Los siguientes son algunos ejemplos de medidas de comportamiento: concentraciones. Los siguientes son algunos ejemplos de medidas de comportamiento:

- La concesión de acceso a redes o infraestructura de forma no discriminatoria y transparente;
- La prohibición de ventas atadas o exclusivas;
- Otorgar acceso a licencias, patentes, marcas o tecnologías;
- Restricciones a la divulgación y uso de información interna de los agentes económicos que se concentran y sus filiales (“muralla china”).
- La limitación o la restricción de prestar determinados servicios o vender determinados bienes, la delimitación del ámbito geográfico en los que estos pueden ser prestados, o al tipo de clientes al que pueden ser ofrecidos.
- La obligación de suplir determinados productos o prestar determinados servicios, en ciertos términos y condiciones, a clientes específicos o a otros competidores.
- La obligación de dar acceso a facilidades esenciales, como por ejemplo estableciendo determinadas reglas para la interconexión de redes.

⁴⁴ Cada una de estas opciones presentan sus particularidades relativas al procedimiento, las cuales se abordan en la “Guía de Notificación de Concentraciones”

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

- La limitación o la restricción de prestar determinados servicios o vender determinados bienes, la delimitación del ámbito geográfico en los que estos pueden ser prestados, o al tipo de clientes al que pueden ser ofrecidos.
- La obligación de suplir determinados productos o prestar determinados servicios, en ciertos términos y condiciones, a clientes específicos o a otros competidores.
- La obligación de dar acceso a facilidades esenciales, como por ejemplo estableciendo determinadas reglas para la interconexión de redes.
- La introducción, eliminación o modificación de cláusulas contenidas en los contratos escritos o verbales, que rigen sus relaciones comerciales con clientes o proveedores.
- El ajuste de las condiciones de distribución o suministro de un producto.
- La limitación o la restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones.
- Separación legal, comercial o contable de las entidades integradas.
- Someter determinadas actividades comerciales al control ex ante de la autoridad.

En el diseño de las condiciones de conducta se deberán considerar las complejidades del proceso de competencia en los distintos mercados y los cambios esperables a través del tiempo. Este riesgo puede mitigarse por medio de monitoreos continuos sobre las condiciones del mercado, y con la posibilidad de remover o modificar los remedios como respuesta a estos cambios. De ser posible, se considerará sujetar las condiciones tanto a un tiempo de duración como al cumplimiento de objetivos y criterios específicos (ICN, 2016, pág. 18).

Siendo que los remedios de este tipo con frecuencia obligan a las empresas a actuar contra sus propios intereses, la SUTEL considerará la conveniencia en cada caso de establecer sistemas objetivos de monitoreo y supervisión de su cumplimiento, incluyendo la posibilidad de apoyarse en terceros para que realicen esta función (a costa de los agentes económicos integrados). En este contexto, se incluirán requisitos de presentar reportes periódicos a la SUTEL o al encargado de monitorear el cumplimiento, ya sea a solicitud de éstos o en intervalos de tiempo periódicos.

C. Ponderación de medidas

La elección del tipo de medida correctiva más adecuada dependerá de los efectos de la transacción. Como punto de partida, y sin perjuicio de poder actuar diferente cuando las condiciones específicas lo requieran, cuando la transacción afecta negativamente a la competencia debido principalmente a superposición horizontal de actividades entre las partes, los remedios estructurales usualmente son considerados como los más eficaces

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

y más fáciles de supervisar. Por otro lado, cuando se debe remediar los riesgos de una posible exclusión y cierre de mercado, medidas de comportamiento destinadas a garantizar el acceso de la competencia a los insumos o a los clientes pueden resultar suficiente, preservando las ganancias de eficiencia vinculadas a la integración vertical o de conglomerado (OCDE, 2012, pág. 11).

En esta ponderación, es preciso asegurarse que la condición elegida efectivamente elimine el problema de competencia identificado por la SUTEL. Por ejemplo, no eliminar una barrera de entrada no es en sí mismo una condición adecuada salvo que sea posible concluir que esto llevará a la entrada de competidores al mercado, o que de otra forma se remediarán los efectos unilaterales o coordinados que tendrá la concentración (SUTEL RCS-149-2015).

D. Plazo

Los remedios y condiciones deben resolver los problemas y preocupaciones rápidamente, por lo que deben diseñarse para ser ejecutados y desplegar sus efectos en el menor plazo posible. Por otro lado, la duración de las medidas tampoco puede ser excesiva, tanto por motivos de razonabilidad y proporcionalidad, como para evitar que se vuelvan irrelevantes a través del tiempo, o que generen barreras a la competencia de haber cambios en el mercado (ICN, 2016, pág. 18).

De esta forma, el plazo de las condiciones deberá ir de la mano con los efectos previstos de la transacción y la forma en que estas medidas ayudarán a suprimirlos o compensarlos. Por ejemplo, en un mercado en el que los clientes experimentan costos o dificultades para cambiar de proveedores, podría imponerse como condición la obligación de mantenerles las condiciones comerciales por un plazo suficiente para permitir que puedan tener una adecuada transición hacia nuevos proveedores si lo desean (COPROCOM Voto N° 26-2020). De igual forma, en caso de que las eficiencias o efectos favorables de la concentración se retrasen (por ejemplo, por la existencia de restricciones accesorias temporales), podría pensarse en alguna condición que retrase también los efectos de la concentración en el mercado por un plazo similar (COPROCOM Voto N° 16-2018)

El plazo máximo de las condiciones y remedios, conforme al artículo 103 de la Ley 9736, es de diez años, con la posibilidad de extenderlo por cinco años adicionales si la concentración aún genera efectos anticompetitivos. En caso de una extensión de plazo, la SUTEL deberá, por medio de procedimiento administrativo, realizar un nuevo análisis competitivo para determinar las circunstancias de hecho y de derecho que justifican una extensión de la medida de corrección. De igual forma, ante un cambio de circunstancias en el mercado, los interesados podrán solicitar una revisión y la eliminación o ajuste de las condiciones.

E. Supervisión y monitoreo

Los remedios y condiciones deberán considerar, además de los compromisos principales, obligaciones accesorias direccionadas a supervisión de cumplimiento de las medidas impuestas o aceptadas por la SUTEL. Estas obligaciones deben posibilitar el acceso a información que permita a la Autoridad acompañar el desarrollo y ejecución de las medidas, así como monitorear su cumplimiento.

VI. CONDICIONAMIENTOS Y REMEDIOS

La resolución que establezca las condiciones determinará, así, además del plazo y las condiciones, también la forma en que los agentes económicos deberán demostrar a la Autoridad su cumplimiento de las medidas, sin perjuicio de las facultades de éstas para verificarlo por otros medios.

Las obligaciones de supervisión deben delimitar la información que deberá presentarla empresa, la periodicidad del envío de la información y, en ocasiones, la posibilidad de contar con la participación de un agente externo de supervisión. El agente externo de supervisión tendría un mandato específico y reportaría directamente a la Autoridad.

Cada agente económico será responsable del costo de implementación de las condiciones impuestas o acordadas con la Autoridad, incluso de la contratación de un agente externo de supervisión previamente aprobado, si es el caso.

El monitoreo por parte de la Autoridad con relación al cumplimiento de las condiciones debe incluir el análisis tanto de formalidades (cumplimiento de plazos, ejecución de las etapas del remedio, envío de la información, entre otras obligaciones impuestas), como de los efectos, verificando el impacto y efectividad de los remedios para contrarrestar los efectos negativos identificados.



VII. RESTRICCIONES ACCESORIAS

VII. RESTRICCIONES ACCESORIAS

Excepcionalmente, los acuerdos de concentración podrán contener condiciones restrictivas a la competencia (conocidas como restricciones accesorias) en la medida en que estas restricciones estén directamente vinculadas y sean necesarias para lograr la concentración.

Si bien valoradas individualmente, las restricciones accesorias podrían configurar un acuerdo anticompetitivo, en apego al principio jurídico de que “lo accesorio sigue a lo principal”, estas restricciones deben ser valoradas como parte de una operación de integración económico, y en conjunto con ésta.

Ahora bien, para que se consideren relacionadas a una concentración, no basta que el acuerdo sea simultáneo a ésta, o que las partes así lo indiquen, sino que deben cumplir ciertos requisitos, que serán explorados a continuación.

A. Noción de restricción accesoria y su aplicación

Las restricciones accesorias son aquellas barreras a la competencia acordadas por las partes en el contexto de una concentración, que no constituyen objeto principal de ésta, pero que son necesarias para hacer la concentración factible o más eficiente.

Las partes, al notificar una concentración, deben informar a la SUTEL de la existencia de alguna restricción acordada entre ellas, esto con el fin de que sean analizadas y se valore su procedencia como parte de la transacción. De lo contrario, las restricciones no serán consideradas en el contexto del análisis de una concentración, e incluso podrán ser objeto de una investigación independiente por posibles prácticas monopolísticas.

Para que este tipo de acuerdos califiquen como restricciones accesorias a una concentración, deben cumplir dos requisitos simultáneamente (Comisión Europea, 2005):

- **Estar directamente vinculada y ser necesaria para ejecutar la concentración:** En ausencia de la restricción no se podría lograr la concentración, o su viabilidad podría ser cuestionada, dado que podría implicar dificultades, entre éstas, costos considerablemente superiores, un período de ejecución bastante más amplio. De este modo, la restricción debe estar relacionada a una preocupación comercial legítima, tal como proteger el valor de lo transferido, preservar la continuidad de suministro, o permitir el funcionamiento de una nueva entidad.
- **Ser estrictamente delimitada a las circunstancias que rodean la transacción:** Las restricciones deben estar limitadas en contenido, tiempo y alcance geográfico de modo que no excedan a lo razonable para la realización de la concentración, debiendo las partes diseñarlas del modo que menos afecte la competencia.

VII. RESTRICCIONES ACCESORIAS

Así las cosas, cuando una restricción forma parte integral e indispensable de una concentración, se analiza en conjunto con ésta.

B. Tipos particulares de restricción accesoria

Las restricciones accesorias usualmente empleadas son: i) cláusula de “no competencia” y “no solicitud”; ii) acuerdos de licencia; iii) obligaciones de compra y suministro.

1. Cláusula de “no competencia” y “no solicitud”

La “cláusula de no competencia” pretende preservar el valor del negocio adquirido, para evitar que la parte vendedora aproveche su experiencia, información sensible y conocimientos para competir con la entidad traspasada y amenazar su desempeño.

En la esfera comercial, esta cláusula es usualmente accesoria en contratos de compraventa con la finalidad de conferir al comprador las condiciones necesarias para que disfrute los beneficios directos e indirectos de la adquisición, asegurándole la transferencia del valor íntegro de los activos, comprendiendo los bienes materiales y otros incorpóreos, como el valor del punto de comercio.

Esta cláusula ha sido aceptada siempre y cuando sea limitada en el tiempo, en el espacio, a determinadas personas, y no sea excesiva. En este sentido, la cláusula de no competencia debe restringirse al mercado relevante del negocio traspasado (tanto de producto como geográfico) y limitarse a un plazo máximo de tres años, el cual podrá ser reducido por la SUTEL dependiendo del periodo necesario de maduración del negocio. Entre las restricciones de no-competencia se incluyen las cláusulas de “no solicitud”, que son restricciones relacionadas con la contratación de empleados. Para ser autorizadas, estas restricciones deben adoptarse estrictamente para proteger el valor comercial del personal sensible para la transacción y necesario para la operación de los activos adquiridos. Por otro lado, no deben ser usadas para disimular un acuerdo de hecho entre las empresas de no competir por esos empleados (no-poach agreement). Estas restricciones laborales están sometidas a los mismos criterios ya mencionados para las cláusulas de no competencia.

2. Acuerdos de licencia

La transferencia de una empresa o parte de ella puede implicar la necesidad del comprador de derechos de propiedad intelectual o know-how sobre los cuales el vendedor conserve la titularidad. En este caso, la forma habitual de garantizar al comprador la totalidad del goce de los activos transferidos es la celebración de contratos de licencia a su favor. Por otro lado, si el vendedor ha cedido derechos de propiedad intelectual con la actividad, es posible que quiera seguir usando todos o parte de dichos derechos para actividades distintas de las que sean objeto de la cesión; en este caso, el comprador otorgará la licencia al vendedor (Comisión Europea, 2005)

Siempre que los activos intelectuales o conocimientos técnicos en cuestión se relacionen con las actividades de la empresa traspasada, estas licencias (sean o no exclusivas) se podrán considerar necesarias para la eficacia de la concentración, y no necesariamente se requerirá que tengan una vigencia limitada.

VII. RESTRICCIONES ACCESORIAS

Por tratarse de derecho de propiedad intelectual, esta restricción no está limitada en el tiempo. Con respecto al alcance material y territorial, la restricción debe limitarse a la actividad o negocio transferido y a la dimensión geográfica del mercado relevante.

3. Obligaciones de compra o suministro

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

Sin embargo, la duración de las obligaciones de compra y suministro ha de limitarse al tiempo previsto como necesario para sustituir la relación de dependencia por una situación de autonomía en el mercado. Por lo tanto, las obligaciones de compra o suministro que garanticen las cantidades anteriormente suministradas pueden estar justificadas por un plazo máximo de hasta cinco años (Comisión Europea, 2005).



VIII. REFERENCIAS

VIII. REFERENCIAS

ABA Section of Antitrust Law. (2008). Mergers and Acquisitions. Chicago, Estados Unidos de America: American Bar Association .

ABA Section of Antitrust Law. (2012). Antitrust Law Developments. Chicago, Estados Unidos de América: American Bar Association.

ACCC. (2017). Merger Guidelines. Australian Competition and Consumer Commission, Australia. Autorité de la Concurrence. (2020). Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Francia.

Azevedo, J., & Walker, M. (2002). Dominance: meaning and measurement. European Competition Law Review 23, 363-367.

Bishop, S., & Walker, M. (2000). The Economics of EC Competition Law. Londres: Sweet and Maxwell.

CADE. (2017). Guia para análise de concentrações horizontais. Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CNDC. (2017). Herramientas cuantitativas para el análisis de concentraciones económicas. Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

CNDC. (2019). Guías para el Análisis de casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo

Exclusorio. Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Coate, M., & Rodriguez, A. (1997). The Economic Analysis of Mergers. Monterrey, California. Estados Unidos de América: Monterrey Institute of International Studies.

COFECE. (2015). Herramientas de competencia económica. México: Comisión Federal de Competencia Económica.

Comisión Europea. (2004). Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. OJ C31/5.

Comisión Europea. (2005). Comunicación sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin.

Comisión Europea. (2008). Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. (2008/C 265/07).

VIII. REFERENCIAS

Comisión Europea. (2009). Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

ABA Section of Antitrust Law. (2008). Mergers and Acquisitions. Chicago, Estados Unidos de America: American Bar Association.

ABA Section of Antitrust Law. (2012). Antitrust Law Developments. Chicago, Estados Unidos de América: American Bar Association.

ACCC. (2017). Merger Guidelines. Australian Competition and Consumer Commission, Australia. Autorité de la Concurrence. (2020). Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations. Francia.

Azevedo, J., & Walker, M. (2002). Dominance: meaning and measurement. *European Competition Law Review* 23, 363-367.

Bishop, S., & Walker, M. (2000). *The Economics of EC Competition Law*. Londres: Sweet and Maxwell.

CADE. (2017). *Guia para análise de concentrações horizontais*. Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CNDC. (2017). *Herramientas cuantitativas para el análisis de concentraciones económicas*. Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

CNDC. (2019). *Guías para el Análisis de casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Excluyente*. Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Coate, M., & Rodriguez, A. (1997). *The Economic Analysis of Mergers*. Monterrey, California. Estados Unidos de América: Monterrey Institute of International Studies.

COFECE. (2015). *Herramientas de competencia económica*. México: Comisión Federal de Competencia Económica.

Comisión Europea. (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. OJ C31/5.

VIII. REFERENCIAS

Comisión Europea. (2005). Comunicación sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin.

Comisión Europea. (2008). Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. (2008/C 265/07).

Comisión Europea. (2009). Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

COPROCOM. (2014). Guía para el Análisis de Concentraciones Económicas. Costa Rica: Comisión para Promover la Competencia.

COPROCOM Opinión 16-2017 (Comisión para Promover la Competencia 2017).

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

COPROCOM Opinión N° 26-2018 (Comisión para Promover la Competencia 2018).

COPROCOM Opinión OP-07-2015 (Comisión para Promover la Competencia 2015).

COPROCOM Voto N° 01-2018 (Comisión para Promover la Competencia 2018).

COPROCOM Voto N° 045-2017 (Comisión para Promover la Competencia 2017).

COPROCOM Voto N° 06-2018 (Comisión para Promover la Competencia 2018).

COPROCOM Voto N° 16-2018 (Comisión para Promover la Competencia 2018).

COPROCOM Voto N° 26-2020 (Comisión para Promover la Competencia 2020).

COPROCOM Voto N° 32-2013 (Comisión para Promover la Competencia 2013).

COPROCOM Voto N° 57-2017 (Comisión para Promover la Competencia 2017).

DOJ/FTC. (2010). Horizontal Merger Guidelines. U.S. Department of Justice – U.S. Federal Trade Commission.

VIII. REFERENCIAS

DOJ/FTC. (2020). Vertical Merger Guidelines. Estados Unidos de America: U.S. Department of Justice - Federal Trade Commission.

FNE. (2012). Guía para el análisis de operaciones de concentración. Chile. Chile: Fiscalía Nacional Económica.

FNE. (2017). Guía de Remedios. Chile: Fiscalía Nacional Económica.

ICN. (2006). ICN Merger Guidelines Workbook. International Competition Network.

ICN. (2013). The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis. International Competition Network.

ICN. (2016). Merger Remedies Guide. International Competition Network.

Jones, A., & Sufrin, B. (2011). EU Competition Law. Text, Cases, and Materials. Reino Unido: Oxford University Press.

Lis-Gutiérrez, J. P. (2013). Medidas de Concentración y estabilidad de mercado. Una aplicación para excel. Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio.

New Zealand Commerce Commission. (2019). Merger and acquisitions Guidelines.

OCDE. (1996). Failing Firm Defence. OCDE/GD(96)23, Organisation for Economic Co-operation and Development.

OCDE. (2007). Competition in Bidding Markets. Organisation for Economic Co-operation and Development.

OCDE. (2009). The failing firm defence.

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.

OCDE. (2012). Remedies in Merger Cases. DAF/COMP(2011)13, Organisation for Economic Co-operation and Development.

VIII. REFERENCIAS

OCDE. (2014). Defining the relevant market in Telecommunications. Review of selected OECD countries and Colombia. Organisation for Economic Co-operation and Development.

OCDE. (2020). Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note. Organisation for Economic Co-operation and Development.

OFT. (2010). Merger Assessment Guidelines. Office of Fair Trading, Londres.

Padilla, J., & Evans, D. S. (2003). Demand-Side Efficiencies in Merger Control. Obtenido de <https://ssrn.com/abstract=390500> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.390500>

Resuelve sobre ejercicio de facultad del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 Expediente de Recomendación Normativa sobre prestación de servicios de telecomunicaciones en inmuebles sujetos a régimen de copropiedad inmobiliaria, ERN N° 15-2013 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile 2014).

Rölller, L. H., & De la Mano, M. (Abril de 2006). The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control. *European Competition Journal*, 2(1), 9-28.

SIC. (2010). Guía de Análisis de Integraciones Empresariales. Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio.

SIC. (2018). Guía de Análisis de Integraciones Empresariales (Trámites de pre-evaluación). Colombia:

Superintendencia de Industria y Comercio.

SUTEL. (2014). Guías de Análisis de Concentraciones en el Sector de las Telecomunicaciones. Costa Rica:

Superintendencia de Telecomunicaciones.

SUTEL RCS-149-2015 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2015).

SUTEL RCS-221-2019 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2019).

SUTEL RCS-230-2018 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2018).

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

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

VIII. REFERENCIAS

SUTEL RCS-285-2018 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2018).

SUTEL RCS-291-2012 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2012).

SUTEL RCS-291-2012 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2012).

SUTEL RCS-291-2012 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2012).

SUTEL RCS-331-2019 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2019).

SUTEL RCS-406-2018 (Superintendencia de Telecomunicaciones 2018).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. (2014). Resuelve sobre ejercicio de facultad del artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 Expediente de Recomendación Normativa sobre prestación de servicios de telecomunicaciones en inmuebles sujetos a régimen de copropiedad inmobiliaria. ERN N° 15-2014.

Voto N° 16-2018 (COPROCOM 2018).

Weinstok, U. (2020). Costa Rica. En P. Burnier da Silveira, & P. Sittenfeld, Merger Control in Latin America (pág. 83). New York: Institute of Competition Law.

Wish, R., & Bailey, D. (2012). Competition Law (7 ed.). Londres: Oxford University Press.