



**sutel**

SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

# Guías de análisis de Concentraciones Sector de las Telecomunicaciones



---

# Contenido

1.	Introducción .....	3
2.	Tipos de Concentraciones.....	8
3.	Definición de los mercados relevantes .....	9
3.1	Uso de los criterios de sustituibilidad desde la demanda y desde la oferta .....	11
3.2	Definición del mercado relevante de producto .....	13
3.3	Definición del mercado geográfico relevante .....	15
3.4	La definición de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones.....	17
4.	Participantes, participaciones y concentración del mercado relevante.....	25
5.	Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales .....	30
5.1	Efectos unilaterales .....	30
5.2	Efectos coordinados.....	35
6.	Posibles efectos anticompetitivos de las integraciones verticales .....	42
6.1	Exclusión del acceso a insumos .....	43
6.2	Exclusión del acceso a clientes .....	45
6.3	Efectos coordinados de las integraciones verticales.....	46
7.	Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones de conglomerado.....	46



8.	Capacidad compensatoria de los compradores vigorosos.....	48
9.	Barreras a la entrada o expansión de competidores .....	49
9.1	Definición .....	49
9.2	Tipos de barreras a la entrada .....	50
9.3	Grado de apertura del mercado relevante .....	55
10.	Ganancias de eficiencia .....	57
11.	Firmas en crisis .....	64
12.	Medidas para restablecer la competencia en el análisis de concentraciones .....	66
12.1	Objetivo y características .....	67
12.2	Clasificación.....	68
13.	Referencias .....	72

---

# 1. Introducción

El objetivo de un régimen de defensa de la competencia, entendido desde el punto de vista de la economía, es la eficiencia en la asignación de los recursos y la defensa del bienestar de los consumidores.

Uno de los principales aspectos del régimen es el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales, al cual se sujetan todo tipo de persona física o jurídica, todo tipo de sector económico y todo tipo de forma jurídica de consolidación, que resulte en una toma de control de una empresa independiente por otra.

De acuerdo al artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones, 8642 (en adelante Ley 8642) se entiende por concentración: la fusión, la adquisición del control accionario, las alianzas o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí.

Asimismo, el artículo 24 del Reglamento, del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (en adelante el Reglamento), establece que toda concentración de operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones estará sujeta a la autorización previa de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL). Por ello, al presentarse una solicitud de aprobación de concentración el primer paso es verificar si: a) la operación cuya aprobación se solicita involucra al menos dos o más operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones en Costa Rica; b) si los agentes económicos involucrados en la transacción son independientes entre sí; y c) si la transacción a notificar implica una transferencia de control de al menos una de las entidades participantes, o la creación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de las empresas participantes del negocio.

Una vez determinada la presencia de una concentración que requiere de notificación y autorización previa, la SUTEL tiene que desarrollar un análisis específico de los efectos económicos esperables de las operaciones de concentración económica informadas, cuyo objetivo es diferenciar las operaciones con efectos pro-competitivos de las que potencialmente tengan efectos anticompetitivos, en orden a impedir o condicionar estas últimas.

La mayor parte de las concentraciones no dañan la competencia, sino que, contrariamente, permiten a las empresas reducir costos, tornarse más eficientes, liderar

---

bajas de precios, mejorar la calidad de los productos y servicios, realizar inversiones en investigación y desarrollo o ganar presencia en los mercados internacionales. Por ello, es particularmente importante la adecuada diferenciación entre concentraciones pro-competitivas y anticompetitivas.

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

En todo caso, la cuestión central a determinar es si la concentración puede disminuir significativamente la competencia<sup>1</sup>, o, en otras palabras, si la concentración produce efectos adversos o nocivos sobre la competencia.

La competencia se entiende como un proceso que se desarrolla en el tiempo, en el cual empresas proveedoras rivalizan por ganar clientes mediante mejores ofertas o arreglos comerciales. La rivalidad entre los oferentes puede manifestarse en diversas prácticas o estrategias de negocios como ofrecer menores precios que sus rivales, producir mayores volúmenes, lograr un mejor desempeño en costos, mejorar la calidad de sus productos, fortalecer la productividad de sus instalaciones, incrementar la innovación para crear nuevos o mejores productos, entre otros.<sup>2</sup>

Para los clientes, la rivalidad entre los proveedores puede producir numerosos beneficios, como reducciones de precios y aumentos del volumen, calidad o variedad de la oferta disponible. El análisis de las concentraciones empresariales considerará cómo la operación afecta la rivalidad a lo largo del tiempo. Se entiende que una operación que disminuye significativamente la competencia a lo largo del tiempo, reducirá los beneficios de la competencia, produciendo un efecto adverso para los consumidores.

Esta guía presenta la metodología estándar de análisis económico de concentraciones económicas, incluyendo las principales técnicas analíticas y tipos de evidencia que se utilizan para evaluar si una concentración posibilita disminuir sustancialmente la competencia, o dicho de otra manera, si la operación posibilita efectos adversos o nocivos sobre la competencia.

- 
- 1 Este examen se denomina: “substantial lessening to competition test”, abreviado “SLC test”. Tiene su origen en la fórmula de la Sección 7 de la Clayton Act de los Estados Unidos y su interpretación por la jurisprudencia de las cortes estadounidenses. Luego, los lineamientos estadounidenses para el control de concentraciones horizontales de 1992 desarrollaron en detalle la metodología de este examen e históricamente han sido aplicados en las jurisdicciones donde prevalece el derecho anglosajón (Canadá, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda). Actualmente la mayor parte de las jurisdicciones han adoptado este enfoque, incluyendo las de América Latina, que en general han tomado como base los lineamientos estadounidenses.
  - 2 Esta definición es postulada por las autoridades de competencia británicas (cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009; párrafo 4.4).
-

---

Esta guía se basa de manera significativa en la utilizada por COPROCOM<sup>3</sup>, pero enfatiza en los aspectos más relevantes para el análisis de concentraciones económicas en el sector de telecomunicaciones. En este sentido esta guía reproduce y adapta varios capítulos de la guía elaborada por COPROCOM para que el documento sea auto-contenido y coherente con la aplicación general de las políticas de competencia en el país. Asimismo, debe señalarse que la legislación exige que las metodologías de análisis de la SUTEL y de COPROCOM sean coherentes entre sí.

La metodología de análisis de concentraciones procede en primer término a establecer el tipo de operación de concentración que se analiza (horizontal, vertical o de conglomerado)<sup>4</sup>, para luego desarrollar una serie de elementos analíticos, en el marco de un análisis integral.

El análisis integral<sup>5</sup> habitualmente comprende los siguientes elementos: i) definir o delimitar los mercados relevantes para el análisis de la operación; ii) establecer la estructura de los mercados relevantes: identificar los participantes, asignarles cuotas de mercado y estimar el grado de concentración de cada mercado relevante identificado; iii) identificar las prácticas unilaterales y coordinadas que pueden surgir como consecuencia de la operación; iv) identificar aquellas restricciones que pueden disciplinar el ejercicio de las prácticas unilaterales y coordinadas identificadas, tales como la existencia de compradores poderosos o la entrada de nuevos competidores.

Adicionalmente, se consideran las ganancias de eficiencia que atribuyen a la operación (efficiency defense) y si la concentración solicitada evitará la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor (failing firm defense).

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

El principio subyacente es detectar y no permitir las operaciones que crean, potencian o consolidan el poder de mercado o facilitan su ejercicio<sup>6</sup>. A tal fin, el análisis

---

3 COPROCOM (2014). *Guía para el Análisis de Concentraciones Económicas*.

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

5 La advertencia de que los distintos elementos analíticos que conforman el análisis de una operación deben conjugarse en un análisis integral, en el sentido de que ningún elemento por sí mismo es definitorio, fue realizada por las autoridades estadounidenses de competencia en ocasión de la publicación de comentarios a las Horizontal Merger Guidelines de 1992 (U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission, 2006).

6 Cf. U.S. Department of Justice – U.S. Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines for Public Comment: released on April 20, 2010.

---

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 clientes o consumidores finales.

En los casos de concentraciones horizontales que involucran productos de consumo intermedio, donde los clientes en el mercado relevante no son los consumidores finales, la autoridad de competencia entenderá que si la operación puede producir un impacto negativo en los clientes en el mercado relevante, también podrá producir un impacto negativo en los consumidores finales de los productos relacionados, salvo que medie evidencia directa en sentido contrario.

En cambio, en las operaciones verticales o de conglomerado, donde los potenciales afectados no son clientes directos de las firmas involucradas, la autoridad de competencia buscará precisar los efectos adversos sobre los consumidores finales<sup>7</sup>.

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

En el caso de los servicios de telecomunicaciones, los mismos presentan características que los diferencian de la mayoría de los otros bienes y servicios. Estos se definen como la transmisión de señales a distancia a fin de comunicar emisores con receptores.

Actualmente se observa un proceso de convergencia entre las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y los medios masivos de comunicación. Los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión crecientemente pueden llegar a los usuarios a través de las mismas plataformas y tecnologías.

Desde el punto de vista de la competencia, es crítico abordar el sector de modo integral, considerando todas sus interrelaciones, para lo cual se puede establecer una primera instancia de análisis a nivel de las “comunicaciones electrónicas”, que incluye las líneas de telecomunicaciones de banda ancha, la TV digital y protocolo de Internet - IP)<sup>8</sup>. Este enfoque cubre todas las formas de comunicaciones por medios electrónicos, ya sean comunicaciones telefónicas (alámbricas y móviles), fax, internet, cable, satélite, etc.

---

7 Este criterio se establece en los lineamientos británicos (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.7).

8 Esta definición corresponde a la regulación emitida para la Unión Europea (Comisión Europea, 2002).

---

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

En este sector de comunicaciones electrónicas, existe cierta aceleración del cambio tecnológico, acompañado de significativos cambios regulatorios, que indican la necesidad de actualizar permanentemente la definición de los mercados relevantes.

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

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

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

---

## 2. Tipos de Concentraciones

Como se anticipó, las operaciones de concentración económica pueden ser horizontales, verticales o de conglomerado. Las concentraciones horizontales involucran a competidores directos, actuales o potenciales. Las concentraciones verticales involucran a empresas que operan en distintos niveles de la cadena de valor. Las concentraciones de conglomerado involucran a empresas que operan en diferentes mercados, aunque estrechamente relacionados, por ejemplo porque involucran los mismos clientes.

Las concentraciones horizontales eliminan la competencia directa entre dos empresas. Este tipo de operación puede tener un impacto directo y negativo en los clientes y consumidores finales de las empresas involucradas si para la nueva firma resulta rentable subir los precios o desmejorar los productos y condiciones de venta que ofrece.

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

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

Las concentraciones verticales pueden producir dos principales efectos verticales nocivos: la obstaculización del acceso a insumos (input foreclosure) y la obstaculización del acceso a la clientela (customer foreclosure). También pueden producirse efectos anticompetitivos si la nueva firma accede a información comercialmente sensible sobre sus competidores no verticalmente integrados<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, Merger Assessment Guidelines. Consultation Document. OFT-CC, 2009.

---

Las concentraciones de conglomerado pueden producir dos principales resultados anticompetitivos: exclusión de competidores a través de estrategias de ventas atadas (tying) o ventas en paquete (bundling) o a través de efectos de cartera (portfolio effects)<sup>10 11</sup>.

### 3. Definición de los mercados relevantes

La definición de los mercados relevantes para evaluar una concentración económica es un ejercicio analítico propio de la aplicación de la legislación de competencia<sup>12</sup>, que se realiza para identificar de una manera sistemática cuáles son los competidores de las empresas que se concentran y poner en evidencia los posibles efectos adversos de la operación sobre la competencia.

El mercado relevante comprende las ofertas alternativas efectivamente disponibles para los clientes o consumidores de las firmas que se concentran, tanto en términos de productos o servicios, como de su localización geográfica<sup>13</sup>. La oferta efectivamente disponible comprende varias dimensiones adicionales al precio, como volumen, variedad y calidad de los productos ofrecidos, calidad del servicio, ubicación geográfica, capacidad de producción e innovación del oferente, entre otros.

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

---

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

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

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

13 Cf. European Commission, 1997, párrafo 13. Notar que allí se hace referencia a la “localización geográfica de los proveedores”, lo cual limita innecesariamente el concepto. Si bien lo habitual es tomar como punto de partida la localización de los puntos de venta de los proveedores, en algunos casos es necesario definir el mercado geográfico en función de la localización de los clientes o ciertas categorías de clientes, en particular cuando las ventas se hacen con entrega en puerta del cliente. Este aspecto ha sido enfatizado en los nuevos lineamientos estadounidenses.

---

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

La definición de mercados relevantes en algunas industrias o sectores puede ser un proceso analítico muy complejo y altamente demandante de tiempo, información y recursos, por lo cual en ciertos casos la autoridad de competencia podrá no ser concluyente respecto de los límites exactos del mercado relevante y evaluar la operación considerando varias definiciones posibles de mercados relevantes, particularmente cuando el resultado de la evaluación no cambia con las distintas definiciones<sup>14</sup>.

Como se anticipó el mercado relevante comprende los productos y servicios sustitutos desde el punto de vista del consumidor la base de sus características, aplicaciones y usos, precios y localización geográfica, entre otros. Por tanto, el mercado relevante comprende dos dimensiones principales: la dimensión del producto y la dimensión geográfica.

Adicionalmente, de acuerdo a las características del caso pueden cobrar relevancia otras dimensiones del mercado relevante, tales como el contexto temporal en que se desarrollan las transacciones o dimensión temporal, la existencia de categorías diferenciadas de clientes, o el encadenamiento de los productos en una cadena de valor (dimensión funcional)<sup>15</sup>.

Es importante señalar que el mercado se debe definir para cada caso concreto con base en los criterios del artículo 14 de la Ley 7472, y la determinación del poder de mercado se debe hacer con base en los parámetros del artículo 15. Por ende, la “Definición de los mercados relevantes” realizada previamente por la Sutel (Resolución RCS-307-2009) debe entenderse que se realiza exclusivamente para efectos de regulación ex ante de los mercados (regulación directa), y no necesariamente obliga a que en una investigación concreta la definición de mercado deba necesariamente coincidir con alguno de los mercados previamente delimitados, sin perjuicio de eventualmente utilizar estas definiciones como guía para un caso concreto.

---

14 Las autoridades de competencia de EE.UU. y la Unión Europea y varios de sus Estados Miembros, incluyendo el Reino Unido, hacen uso de esta discrecionalidad y flexibilidad en relación a la definición de los mercados relevantes y ha sido explicitada en los distintos lineamientos (cf. por ejemplo U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.48).

15 Estas tres dimensiones adicionales son explícitamente definidas en los lineamientos de Nueva Zelanda (New Zealand Commerce Commission, 2004, punto 3.1), pero se hallan consideradas de otro diversos modos en los otros lineamientos que se consideran.

---

Igual consecuencia tendrá la declaración previa de uno o más operadores como “operador y proveedor importante”. Esta declaración no exime del análisis caso a caso que exige el análisis de una concentración, sin perjuicio que esta declaración pueda ser considerada como un elemento a valorar.

### 3.1 Uso de los criterios de sustituibilidad desde la demanda y desde la oferta

Los límites geográficos del mercado relevante y los productos que incluye habitualmente se identifican sobre la base del criterio de sustituibilidad desde la demanda (demand-side substitution).

La sustituibilidad desde la demanda se define como la capacidad y voluntad de los clientes o consumidores de reemplazar un producto por otro, en respuesta a un aumento de su precio relativo o a cualquier otro deterioro relativo de la oferta disponible.

No obstante, también deben considerarse las posibles reacciones de las empresas que no se encuentran ofreciendo los productos incluidos en el mercado relevante, ante un aumento de su precio relativo u otros cambios significativos en sus condiciones de oferta (sustituibilidad desde la oferta /supply-side substitution)<sup>16</sup>.

La sustituibilidad desde la oferta puede definirse como la capacidad y voluntad de las empresas de re-direccionar su producción y sus ventas en el corto plazo hacia un producto que ha aumentado de modo significativo y permanente su precio relativo (o ha mejorado cualquiera otra variable que aumente su rentabilidad).

---

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

---

Aplicando el criterio de sustituibilidad desde la oferta se pueden identificar aquellas firmas que, sin estar efectivamente ofreciendo los productos de las empresas que se concentran (incluidos en el mercado relevante), condicionan restrictivamente su comportamiento en el mercado relevante y pueden también considerarse sus competidoras. Corresponde tener particularmente presente que para las empresas que se concentran puede ser mayor la presión competitiva que experimentan de un competidor potencial que de uno actual.<sup>17</sup>

SUTEL no debería atarse a ningún enfoque en particular, ya que cada uno tiene sus ventajas, según se explica a continuación, y aplicará de modo consistente uno u otro según las características del caso.

Cuando se definen los mercados relevantes exclusivamente en base al criterio de sustitución desde la demanda, corresponde considerar dos tipos de competidores: los competidores actuales que son los que ofrecen los productos sustitutos desde la demanda, incluidos en el mercado relevante y los competidores potenciales, que son las empresas con voluntad y capacidad efectiva de ofrecer los productos del mercado relevante en un plazo de tiempo muy corto<sup>18</sup>. En este contexto, la concentración entre una empresa y un competidor potencial se considera una operación de concentración horizontal (a pesar de que no comparten el mismo mercado relevante) y no una operación de conglomerado<sup>19</sup>.

En este caso el mercado se define de modo estrecho, lo cual es especialmente ventajoso para estimar el impacto de la operación en las alternativas de consumo disponibles, luego a la hora de identificar los participantes del mercado relevante y calcular sus participaciones, se asignan cuotas de mercado a los competidores potenciales identificados, en base a su capacidad de producción de los productos incluidos en el mercado relevante.

Los mercados relevantes delimitados exclusivamente sobre la base de la sustituibilidad desde la demanda tienen la virtud de ser más estrechos, y por ello delimitar mejor las ofertas alternativas efectivamente disponibles para los clientes y consumidores,

---

17 Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.47, cuando se advierte sobre la importancia de evitar la falacia binaria (binary fallacy).

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

19 Este es el enfoque de los nuevos lineamientos estadounidenses, que en esto continúan el enfoque de los lineamientos de 1992 (cf. US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág.7)

---

pero en ciertas ocasiones pueden no ser prácticos en el marco de la evaluación integral a realizar.

Tal es el caso de operaciones que involucran empresas que producen una gama de bienes que no son sustituibles desde la demanda, pero son perfecta o altamente sustituibles desde la oferta, como por ejemplo puede ser el caso de la industria de las telecomunicaciones.

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

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

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

## 3.2 Definición del mercado relevante de producto

La definición del mercado relevante de producto implica la determinación del conjunto de productos que son vistos como sustitutos por el consumidor. Esto puede hacerse a través de un ejercicio hipotético que postulando un cambio pequeño y perdurable en los precios relativos de los productos bajo estudio y evalúa las reacciones de los consumidores.

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

El ejercicio consiste en considerar hacia qué productos sustitutos se re-direccionarían las compras de los clientes de las firmas que se concentran, si éstas realizan un aumento pequeño pero significativo y permanente del precio. Si la sustitución es tal

---

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

Esta metodología para delimitar el mercado relevante se denomina “test del monopolista hipotético” y tuvo su origen en la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU. y luego se generalizó a todas las jurisdicciones que cuentan con legislación de competencia<sup>20</sup>.

El test evalúa si un hipotético monopolista, no sujeto a regulación de precios, que maximiza beneficios, podría imponer al menos un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios, respecto de al menos uno de los productos de las empresas que se concentran. A los efectos de este test, el precio y demás términos de venta de los productos que se ubican fuera del mercado relevante, se presumen sin cambios (SSNIP test<sup>21</sup>, por sus siglas en inglés)<sup>22</sup>. Si el grupo de productos satisface esa condición, conforman un mercado relevante de producto. En caso contrario, el mercado está definido demasiado amplio.

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

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

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

---

20 Este test tiene su origen en la jurisprudencia y doctrina estadounidense y la generalización de su uso se inició con los lineamientos estadounidenses para el control de concentraciones horizontales de 1992 (cf. (Werden, 2002))

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

22 Esta descripción del test del monopolista hipotético corresponde a la realizada por las autoridades estadounidenses de competencia en los nuevos lineamientos (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, página 9).

---

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

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

En los casos en que en el mercado relevante sea posible discriminar precios según categorías de clientes, podrá definirse un mercado relevante más estrecho, reducido a los productos vendidos a los clientes discriminados o clientes objetivo (targeted customers)<sup>23</sup>.

### 3.3 Definición del mercado geográfico relevante

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

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

En general la cobertura de los mercados geográficos depende de los costos de transporte; sin embargo dicha situación no aplica de la misma manera a los servicios de telecomunicaciones, donde los costos de transporte no existen, sino que más bien la cobertura de las redes determina los mercados geográficos relevantes. En el caso

---

<sup>23</sup> Cf. (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, páginas 12 y 13) y (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.56 y 4.57).

---

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

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

Sin embargo, cuando la discriminación geográfica de precios es posible, por ejemplo cuando se fijan precios en puerta de los clientes, corresponde considerar la definición de los mercados relevantes a partir de la localización de los clientes objetivo (targeted customers). En este caso puede haber proveedores localizados fuera de las fronteras del mercado relevante geográfico.<sup>24</sup>

### Cuadro 1: La definición del mercado relevante y el control de concentraciones en Costa Rica

En Costa Rica -de acuerdo al artículo 73 de la Ley 7593 'Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos'- es función del Consejo de la SUTEL determinar la existencia de operadores importantes y tomar en cuenta los criterios definidos en los artículos 13 a 15 de la Ley 7472 'Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor'.

El artículo 14 de la Ley 7472 establece los elementos necesarios para definir el mercado relevante en operaciones de concentración. El artículo 15 de la misma ley establece los elementos que deben valorarse para definir poder sustancial en el mercado: a) participación de mercado, b) posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento, c) la existencia de barreras a la entrada, d) existencia y poder de los competidores, e) acceso a las fuentes de insumos y f) comportamiento reciente. En los términos de la Ley 8642 y el Reglamento una concentración no se debe autorizar cuando resulte en una adquisición de poder sustancial o en un incremento del mismo en el mercado relevante de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 7472, que faciliten la coordinación tácita o expresa entre los operadores o que generen resultados adversos para los usuarios finales.

---

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

---

## 3.4 La definición de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones

La definición de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones obliga a SUTEL a tomar en consideración una serie de cuestiones adicionales en comparación al análisis de mercados tradicionales. En principio la existencia de economías de red, de alcance, densidad y escala obligan a tomar en consideración otras variables relevantes para el análisis. A estas características estructurales de los mercados se suma el rápido cambio tecnológico y la convergencia de redes, que coadyuvan a la complejidad en el análisis.

Al realizar un análisis particular, se pueden observar dos grandes dimensiones, la mayorista y la minorista. Entre los mercados mayoristas podemos encontrar, por ejemplo, acceso a la red fija y móvil (origen y terminación de llamadas), itinerancia, transmisión de señales vía redes de cable, satelital o telefónicas, tránsito por redes. Dentro de los mercados minoristas se pueden mencionar llamadas locales, e internacionales, servicio de mensajería corta y de internet a través de redes móviles.

A nivel minorista también se pueden encontrar diferentes categorías de usuario, particulares o institucionales, de redes fijas o inalámbricas. La separación de usuarios de telefonía fija y móvil es un claro ejemplo del papel que juega la sustitución tanto del lado de la demanda como de la oferta. En la práctica se consideran mercados separados; sin embargo existen argumentos a favor de considerarlos sustitutos<sup>25</sup>.

Por estas cuestiones específicas a los mercados de telecomunicaciones, la definición de mercado debe basarse en análisis detallado de la demanda (teniendo en cuenta tanto la sustituibilidad como la complementariedad) y tomando en consideración todas las empresas que tienen los activos y la capacidad de satisfacer las necesidades de los consumidores<sup>26</sup>, incluso potenciales oferentes. Asimismo, debe analizarse la complementariedad de la demanda y las economías de producción conjunta, para tener en cuenta los paquetes de servicios, que son muy usuales en los servicios de telecomunicaciones.

---

<sup>25</sup> Furchtgott-Roth y Li (2013); Georgetown University (2009); Vogelsang (2010); Caves (2011)

<sup>26</sup> Jordi Gual (2002).

---

### 3.4.1 Economías de red, escala y alcance en telecomunicaciones

En los mercados de telecomunicaciones conviven varias características particulares. Por un lado la existencia de efectos de red, implica que el bienestar de todos los usuarios aumenta cuando aumenta la cantidad de usuarios de la red (o redes compatibles), por lo tanto los usuarios van a tener más beneficios cuánto más grande sea la red. Por otro lado, la existencia de economías a escala, caracterizada por altos costos fijos y rendimientos a escala crecientes, genera que, del punto de vista de la oferta, también resulte más conveniente ofrecer una mayor cantidad de acceso o servicios.

La existencia de altos costos fijos también lleva a que el mercado de telecomunicaciones tenga precios por encima de los costos, aún en condiciones de competencia donde los operadores carezcan de poder de mercado. Este margen sobre los costos permite mantener el nivel de inversión. Sin embargo, es difícil determinar el valor del margen necesario para mantener el nivel de inversiones.

En mercados con altos costos fijos y rendimientos a escala crecientes, como los de telecomunicaciones, los aumentos de precios del test del monopolista hipotético tienen que realizarse a partir de los cargos que tienen que cobrar las empresas para ser viables. A diferencia de las industrias tradicionales, el análisis deberá tomar como precio inicial aquel que permite cubrir los costos fijos y no el precio de un mercado competitivo, que sólo tiene en cuenta el costo marginal del producto. Caso contrario el test del monopolista hipotético puede llevar a mercados demasiado acotados. La mayor dificultad se encuentra al intentar determinar cuál es el margen competitivo y no confundirlo con acuerdos entre prestadores de un mismo servicio o aumentos de precio producto del poder de mercado de cada empresa. Este valor inicial depende de cada empresa y servicio en particular, por lo tanto, se necesita mucha información para comenzar el análisis. Dada la asimetría de información que existe entre las autoridades de competencia o regulatorias y las propias empresas, resulta difícil establecer este valor de referencia, resultando que la definición de mercados relevantes en este tipo de mercado sea más complicada que en industrias tradicionales.

Por último, la existencia de economías de alcance permite que un mismo operador pueda brindar nuevos servicios en otros mercados y también ofrecer servicios de valor agregado que, a su vez, permiten diferencias en el servicio (generalmente diferenciación de tercer grado).

Dadas las características de mercados de telecomunicaciones, el enfoque formal del SSNIP sólo puede ser una parte del análisis. La existencia de altos costos hundidos y la variedad de servicios provistos por una misma infraestructura deben ser tenidas en

---

cuenta al realizar el análisis de precios, por esto, cualquier análisis cuantitativo deberá ser ponderado por estas cuestiones y ser complementado por un análisis cualitativo que tenga en cuenta las características del mercado y servicio.

### **3.4.2 Cambio tecnológico y convergencia**

Por otro lado, el rápido cambio tecnológico y la aparición de nuevos servicios obligan a analizar otras dimensiones de la competencia entre empresas, no sólo el precio. Asimismo, deben tomarse en consideración los potenciales competidores que puedan ofrecer un servicio similar desde diferentes plataformas y, como se analizó en la sección anterior, la capacidad de un mismo oferente de brindar varios servicios.

Las nuevas tecnologías modifican el análisis de complementariedad y sustitución de bienes, tanto del lado de la oferta como de la demanda. Servicios que antes se consideraban complementarios son hoy considerados sustitutos imperfectos (OPTA 2007), esta sustitución se da entre servicios de igual o mayor calidad, en este sentido internet dial up sería sustituible por banda ancha, pero no viceversa y este mismo razonamiento aplica entre telefonía fija y móvil.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define la convergencia como el proceso mediante el que las redes y servicios de comunicaciones, que anteriormente fueron consideradas por separado, comienzan a transformarse de modo que, diferentes plataformas de red soportan servicios similares de voz, audiovisuales y de transmisión de datos; diferentes terminales de usuario reciben servicios similares y se crean nuevos servicios. Según la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), cuando se analiza la convergencia de redes y de servicios, se pueden hacer dos análisis diferentes, por un lado en relación a las redes y plataformas utilizadas para brindar los servicios y por otro lado la demanda de los usuarios que prefieren unificar la provisión de servicios.

Por esto resulta importante considerar este punto tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda. Otro aspecto relevante que se deriva de la sección anterior en relación a las economías de alcance, es que los servicios de telecomunicaciones son consumidos en paquetes. Generalmente son provistos por empresas multi-servicios y el análisis se complejiza ya que se deben comparar las variables de demanda y precio dentro y fuera de un paquete de servicios. Asimismo, es complejo analizar el comportamiento de los consumidores cuando se modifican los precios de uno de los servicios incluidos en un paquete. La complementariedad observada en la demanda de estos servicios disminuye la sensibilidad de los consumidores al incremento de precios individuales de servicio incluidos en un paquete.

---

En síntesis, a la hora de definir mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones debe tenerse en cuenta que:

- 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.
- La existencia de convergencia de redes y servicios, por un lado disminuye la cantidad de servicios a tener en cuenta y por otro lado complejiza el análisis de cada servicio en particular.
- Al realizar el análisis del monopolista hipotético se debe tener en cuenta que los precios de equilibrio del mercado son ligeramente mayor que lo de otras industrias o mercados, partir de un precio que iguale el costo marginal del servicio llevaría a mercados demasiado estrechos. Y este ejercicio debe ser complementado por un análisis cualitativo más amplio.
- 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.

### **3.4.3 Experiencia internacional en la definición de mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones**

En esta sección se ejemplificarán las aplicaciones de los conceptos de mercado relevante en operaciones de concentración en el sector de las telecomunicaciones en Europa y EE.UU.

---

## a. Europa

La Comisión Europea, a través de la Dirección de Competencia, es el organismo encargado de autorizar aquellas fusiones entre empresas, cuyos efectos repercuten en más de un país de la Unión Europea. En los últimos años, dicha comisión debió expedirse sobre múltiples operaciones entre empresas del sector de las telecomunicaciones. De acuerdo a la Directiva 21 de 2002 la Comisión podrá realizar recomendaciones y lineamientos para el análisis de mercados, este análisis consta de tres etapas, que incluyen la definición del mercado relevante. Los límites de un mercado se establecen a partir del criterio de sustitución tanto del lado de la oferta como de la demanda.

La Comisión ha reconocido la existencia de un mercado de comunicaciones a través de la red de telefonía móvil, como un mercado distinto del de la telefonía fija. Esto es así dado que los llamados que se realizan a teléfonos celulares no son considerados sustitutos de llamados a teléfonos fijos por parte de los usuarios.

En relación a la existencia de un mercado móvil, es interesante mencionar los estudios que el organismo regulador británico Oficina de Telecomunicaciones ha realizado al respecto (OFTEL, 2001). Una de las pruebas llevadas a cabo consistió en medir las variaciones en la demanda de servicios móviles, ante una reducción del precio de los servicios fijos; los resultados arrojaron que si el precio de las llamadas por telefonía fija disminuye, no existe un impacto en la utilización de los servicios móviles. Por último, un análisis cualitativo de las llamadas determinó la naturaleza específica de una importante cantidad de llamadas de telefonía móvil. Estas suelen ser cortas y estar destinadas a personas que no se encuentran en un lugar en el que puedan disponer de una línea fija. Por todas estas razones, se concluye que el advenimiento de la telefonía móvil ha expandido el mercado total de llamadas, pero no sustituyendo llamadas fijas. En 2009<sup>27</sup> se realizó una revisión del mercado de telefonía móvil en el que se destacaba su rol central en las comunicaciones actuales y la erosión en la diferenciación entre mercados de telefonía fija y móvil, tendiendo a una convergencia en el acceso a la red a través de un mismo terminal móvil. Se analizó la tendencia a la convergencia de servicios fijos y móviles, que incluirá también acceso multi-plataformas. Sin embargo, también se destacó que no todos los consumidores se beneficiaban de esta convergencia hacia servicios móviles, por lo que la regulación actual contempla ambos mercados.

Para la Comisión Europea, el mercado geográfico de los servicios de telecomunicaciones móviles es el nacional. El alcance nacional de las redes, la existencia de

---

27 Mostly Mobile, Ofcom's mobile sector assessment, Second consultation July 2009

---

licencias y marcos regulatorios nacionales y los costos del itinerancia motivan esta delimitación del mercado. Este es un aspecto clave a ser revisado en vistas a la disminución y unificación de las tarifas de roaming dentro de la Unión Europea.

Esta definición de mercado de producto con implicancias geográficas nacionales fue adoptada por la Comisión, entre otros, en los siguientes casos: Telia–Sonera (M2803, julio 2002); T-Mobile Austria-Tele.ring (M.3916, abril, 2006) y T-Mobile/ Orange (M.5650, marzo 2010).

Dos definiciones de mercado incorporadas en los casos más recientes son las del mercado mayorista de roaming para llamadas provenientes de redes internacionales y la de acceso a la interconexión de redes y la terminación de llamadas. El alcance de estos dos mercados es el nacional.

Una última distinción posible es la de servicios mayoristas y minoristas. La sustituibilidad en la demanda no es posible dado que ambos tipos de servicios se encuentran dirigidos a diferentes grupos de consumidores. No obstante, puede considerarse que ambos servicios pertenecen al mismo mercado relevante si la entrada de un mercado a otro resulta fácil. En este caso, subsiste cierta asimetría por cuanto los mayoristas pueden entrar fácilmente al mercado minorista ante un incremento del precio, pero no ocurre lo mismo en el caso contrario dados los altos costos vinculados con la necesidad de infraestructura para la provisión del servicio mayorista y las licencias del operador (Gual, 2002).

## Cuadro 2: Distinción entre telefonía fija y móvil

OFTEL, el ex regulador de las telecomunicaciones en Inglaterra, consideró sobre la base de la evidencia disponible, que los servicios de telefonía fija y móvil conformaban dos mercados separados. La distinción puede fundamentarse tanto por el grado de sustituibilidad desde el lado de la demanda como por el lado de la oferta (OFTEL, 2001).

En primer lugar, si tenemos en cuenta el lado de la demanda, los consumidores consideran la telefonía móvil como un “valor agregado” a la telefonía fija. Es decir, permiten comunicarse, pero además son transportables. Es por ello, que resulta improbable que las líneas fijas constituyan sustitutos de las móviles. La telefonía involucra un mercado separado, en el sentido que si el precio de las llamadas por telefonía fija disminuye, no existirá un impacto en la utilización de la móvil. OFTEL ha basado su fundamentación en evidencia empírica. En este sentido, ha evaluado las respuestas de los consumidores con respecto a la introducción de “BT Talk Together Package”. Este paquete, el cual implicaba llamadas libres e ilimitadas a la noche y los fines de semana, puede tomarse como una proxy de una reducción significativa en las llamadas por líneas fijas. Los consumidores suscriptores fueron interrogados acerca de si este paquete había tenido algún tipo de influencia en su disposición de la telefonía móvil. Los resultados demuestran que el 75% de ellos negaron cualquier tipo de impacto. Ello afirma la conclusión de que los precios de la telefonía fija no restringen los precios de la móvil.

---

Asimismo, por el lado de la oferta, parece indicar que la entrada de nuevos competidores al mercado de la telefonía fija o al de la móvil, se enfrentará con significativas barreras a la entrada. En particular, en el mercado de las líneas móviles existe una importante barrera, a saber, la indisponibilidad de espectro. Además, subsisten considerables costos hundidos en el desarrollo de la red de dicho mercado. Un nuevo entrante debería alcanzar una cobertura nacional de manera de competir eficientemente con los incumbentes.

Por su parte, las empresas han argumentado que existe cierto grado de sustituibilidad por cuanto ambos tipos de telefonía cumplen la misma función. Cabe destacar, que hay una asimetría en la posibilidad de sustitución, dado que la telefonía móvil puede ser sustituta de la fija, pero no viceversa. Para determinar el grado de sustitución, Ofel ha llevado a cabo estudios empíricos, centrándose en el comportamiento del consumidor en relación a las llamadas. Los resultados apoyan la hipótesis de la sustituibilidad. Sin embargo, tanto el grupo de mayor edad (por encima de 55) y los usuarios de menor uso, los cuales representan un 30 % de los consumidores duales, no sustituyen totalmente entre las llamadas por línea fija y móvil.

Ahora bien, si nos remitimos a un estudio cualitativo llevado a cabo por la misma organización, la sustituibilidad se debilita si tenemos en cuenta la naturaleza de las llamadas. Una importante cantidad de llamadas por telefonía móvil, corresponde a llamadas cortas y en forma conveniente –aquellas llamadas hechas por alguien mientras camina de su casa a la estación. Este tipo de llamadas no puede hacerse por líneas fijas. La conclusión a la que se arriba, es que el advenimiento de la telefonía móvil ha expandido el mercado de llamadas, pero no sustituyendo llamadas fijas. En este sentido, las llamadas móviles deben interpretarse como complementarias de las fijas.

En relación a los precios, OFTEL encontró que, para paquetes comparables de uso, los vinculados a la telefonía móvil eran en promedio 39 % mayor que los de BT. Por ello, la evidencia sostiene la distinción de ambos tipos de mercados.

Otros resultados obtenidos apoyan la separación de los mercados. A través de una encuesta se les preguntó a los consumidores cual debería ser el aumento en la cuenta de su telefonía fija, para inducirlos a cambiarse exclusivamente a la telefonía móvil. La respuesta fue que el incremento debería de ser del orden del 100 %. Asimismo, el 29 % de los usuarios duales afirman que ellos nunca se cambiarían completamente a las líneas móviles.

---

## **b) Estados Unidos**

En Estados Unidos, la agencia específica del sector de las telecomunicaciones, la Federal Communication Commission (FCC), es quien autoriza o impide operaciones de concentración económica entre empresas de telecomunicaciones, que impliquen transferencias de licencias. Por su parte, la agencia de defensa de la competencia, la Federal Trade Commission (FTC) participa como autoridad de aplicación de la ley de competencia.

En distintas oportunidades, y considerando la sustitución desde el lado de la demanda, la FCC ha definido como mercados separados a los de telefonía fija y móvil. En 2004 definió el mercado de “servicio de telefonía móvil”<sup>28</sup> y en 2008 lo definió como “servicios

---

28 Análisis de FCC: “Applications of AT&T Wireless Services, Inc. and Cingular Wireless Corporation for Consent to Transfer Control of Licenses and Authorizations (WT Docket No. 04-70); “Applications of Subsidiaries of T-Mobile USA, Inc. and Subsidiaries of Cingular Wireless Corporation for Consent to Assignment and Long-Term De Facto Lease of Licenses (WT Docket No. 04-254); and “Applications of Triton PCS License Company,

---

móviles de telefonía y banda ancha”<sup>29</sup>. Por otro lado, en los informes sobre Telefonía Móvil que publica periódicamente la FCC se observa la sustitución de líneas fijas por líneas móviles, esta sustituibilidad consta en el análisis de la Fusión de AT&T y Cingular Wireless, pero en análisis posteriores se vuelve sobre la definición de mercados fijos y móviles separados (Furchtgott-Roth 2013).

Con respecto a la definición del mercado geográfico, la FCC ha asumido como tales a las distintas áreas geográficas de Estados Unidos en donde las empresas en cuestión están en condiciones de prestar el servicio. En Estados Unidos, las licencias de telefonía móvil nacional son otorgadas por área geográfica. De acuerdo al tipo de licencia del que se trate, varía la definición de área que se asume. Por ejemplo, para el caso de licencias celulares, se adopta la definición estadística de área metropolitana y área rural.

El análisis de segmentación de mercados derivado de la identificación del mercado relevante debe considerar la existencia de un sistema de servicios. Se define como sistema de servicios todo aquel conjunto de servicios complementarios que el usuario adquiere de manera conjunta (Gual, 2002). Para el caso de telefonía móvil el conjunto estaría compuesto por los servicios de originación de llamada, de terminación de llamada, de roaming, etc. Gual (2002) sostiene que el mercado relevante debe contemplar el sistema como un todo siempre que el consumidor así lo adquiriera. Si bien los servicios pueden ser independientes, no tiene sentido definirlos como tales si los mismos se comercializan de manera conjunta.

---

LLC, AT&T Wireless PCS, LLC, and Lafayette Communications Company, LLC for Consent to Assignment of Licenses” (WT Docket No. 04-323).

29 Análisis de FCC: ”Applications of Cellco Partnership d/b/a Verizon Wireless and Atlantis Holdings LLC for Consent to Transfer Control of Licenses, Authorizations, and Spectrum Manager and De Facto Transfer Leasing Arrangements”(WT Docket No. 08-95)

---

## 4. Participantes, participaciones y concentración del mercado relevante

El cálculo de las participaciones de mercado y de la concentración de la oferta es una parte importante de la evaluación de los efectos de una operación sobre la competencia, pero se evalúan en conjunto con el resto de los factores que corresponde considerar (barreras a la entrada, contestabilidad del mercado, entre otros).

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

Como se anticipó, en el enfoque que restringe la definición de los mercados relevantes a los productos sustitutos desde la demanda, incorpora a las firmas capaces de sustituir rápidamente los productos relevantes como participantes del mercado relevante. En base a ello, existen varias categorías posibles de participantes del mercado relevante, adicionales a aquellos que se encuentran efectivamente comercializando los productos relevantes, en el área relevante, según se informa a continuación<sup>30</sup>.

Puede haber firmas que no se encuentran obteniendo ingresos en el mercado relevante al momento de la operación informada, que corresponderá también incluir como participantes del mercado relevante, si se trata de empresas que se han comprometido a entrar en el mercado en el futuro próximo.

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

También pueden incluirse como “entrantes rápidos”, especialmente en los sectores de productos homogéneos, a las empresas que tienen los activos necesarios para ofrecer

---

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

---

los productos del mercado relevante rápidamente, que pueden estar operando en mercados adyacentes al mercado relevante.

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

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

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

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

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

En caso de que la operación involucre una firma establecida con un reciente o potencial entrante, a efectos de calcular el cambio en la concentración podrán utilizarse proyecciones de participaciones de mercado (del entrante y de la establecida). Este tipo de operaciones tienen mayor capacidad de deteriorar la competencia cuanto mayor la participación de mercado de la firma establecida y cuanto mayor la significancia competitiva del potencial entrante y la amenaza que plantea a las firmas establecidas.

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

---

En sentido contrario, las participaciones de mercado pierden relevancia como indicadores cuando fluctúan fuertemente a lo largo de cortos periodos de tiempo, en respuesta a cambios en el mercado.

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

Se calculará e Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI por sus siglas en inglés) de la concentración del mercado, que corresponde a la suma de los cuadrados de las participaciones individuales de mercado de las firmas participantes<sup>31</sup> y que, por su construcción, otorga un peso proporcionalmente mayor a las participaciones de mercado mayores.

En las concentraciones horizontales, se considerará tanto el valor del HHI resultante de la operación, como su incremento o variación. El aumento del HHI equivale a dos veces el producto de las participaciones de mercado de las firmas que se concentran<sup>32</sup>. Este indicador informa sobre el cambio en la estructura del mercado, atribuible a la operación.

Sobre la base de la experiencia internacional<sup>33</sup>, se considerarán mercados desconcentrados aquellos que presentan un HHI de hasta 1500 puntos (mercados con casi 7 firmas de tamaño equivalente); mercados moderadamente concentrados aquellos que presentan un HHI de entre 1500 y 2500 puntos (con hasta 4 firmas de tamaño equivalente) y mercados altamente concentrados aquellos en los cuales el HHI supera los 2500 puntos (con 3 o 2 firmas de tamaño equivalente o monopólicos).

Corresponde tener presente que el nivel del HHI post operación y su variación como efecto de la misma son dos de los indicadores que concentran el análisis de la SUTEL. La decisión final de la SUTEL toma en cuenta esos indicadores pero también otros indicadores y elementos de juicio sobre la concentración informada, que se describen en las secciones siguientes.

---

31 Por ejemplo, dado un mercado con 4 firmas, cuyas cuotas son a, b, c y d, el valor del HHI es:  $a^2 + b^2 + c^2 + d^2$ . Ver Box 3.

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

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

---

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

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

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

*Operaciones que pueden fortalecer el poder de mercado:* operaciones que resultan en mercados altamente concentrados (HHI mayor a 2500 puntos), con incrementos del HHI mayores a 200 puntos. Dentro de este conjunto, se destacan aquellas en las cuales la firma que se integra podría alcanzar una participación del 50% o más, que se presume crean una posición dominante de mercado<sup>34</sup>.

Como referencia adicional podrá calcularse el índice de dominancia (ID), desarrollado por la Comisión Federal de Competencia de México para complementar el índice HHI. Este índice de dominancia no aumenta con cualquier fusión o concentración, sino que el resultado se hace depender del tamaño relativo de las empresas fusionantes y de la estructura particular en el mercado. Por ejemplo, en un mercado en que dos empresas de un tamaño relativo pequeño o mediano se fusionen, el HHI siempre aumenta, pero el ID disminuiría, mostrando los beneficios que puede generar para la competencia dicha fusión.

El ID se obtiene calculando la suma de los cuadrados de las contribuciones de cada empresa al HHI. Si el valor del ID desciende, se considerará un elemento a favor de la autorización de la operación, particularmente si su valor final es de hasta 2500 puntos.

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

---

<sup>34</sup> El criterio de 50% de participación de mercado como presunción de posición dominante corresponde a la jurisprudencia europea (European Commission, 2004, párrafo 17).

---

En todo caso, se tomarán como agravantes los siguientes factores: i) la operación involucra la compra de un entrante potencial o entrante reciente con baja participación de mercado, ii) una o más de las partes que se concentran son importantes innovadores, condición que no se refleja en altas participaciones de mercado, iii) existen significativas participaciones accionarias cruzadas entre los participantes del mercado, iv) una de las firmas que se integra es un competidor agresivo (“maverick competitor”<sup>35</sup>) con alta probabilidad de interrumpir conductas coordinadas, v) indicios de coordinación presente o pasada o de prácticas facilitadoras de coordinación, y vi) una de las empresas que se concentran posee una participación de mercado previa a la operación, superior al 50%<sup>36</sup>.

### Cuadro 3: Concentración en el mercado de telefonía móvil en Costa Rica

Utilizando las Estadísticas del Sector de las Telecomunicaciones (2010-2013) elaboradas por SUTEL se pueden calcular el HHI y el ID para el mercado de telefonía móvil pre-pago de Costa Rica. En este mercado compiten las empresas ICE, Telefónica, Claro, Full móvil y Tuyo móvil. Sus participaciones de mercado en términos de suscripciones para el año 2013 fueron respectivamente: 57, 20, 19, 3 y 1. El HHI para este mercado se calcula de la siguiente forma:

$$HHI = (57)^2 + (20)^2 + (19)^2 + (3)^2 + (1)^2 = 4020$$

Este indicador es superior a los 2500 puntos por lo que se considera que este es un mercado altamente concentrado.

Por su parte, el ID se calcula de la siguiente forma:

$$ID = [(57)^4 + (20)^4 + (19)^4 + (3)^4 + (1)^4] \times 10.000 / (4020 \times 4020) = 6711,71$$

En esta estructura de mercado, por ejemplo, una concentración hipotética entre Full móvil y Tuyo móvil aumentaría el HHI pero disminuiría el ID.

---

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

36 Cf. (European Commission, 2004, párrafo 20).

---

## 5. Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales

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

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

Por un lado, existe un efecto directo. Con la concentración es posible aumentar el precio de una de las empresas y retener total o parcialmente a los clientes que reaccionan negativamente al aumento de precios mediante la empresa vinculada. Adicionalmente, puede existir un efecto indirecto. Los restantes participantes del mercado podrían acompañar el aumento de precios, perjudicándose no sólo los clientes de las firmas que se concentran, sino todos los clientes del mercado.

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

### 5.1 Efectos unilaterales

Los elementos que se tendrán en consideración para evaluar los efectos horizontales unilaterales son: i) el número de firmas y las participaciones de mercado, particularmente en mercados de productos no diferenciados; ii) el grado en que las firmas que se concentran son competidores cercanos, particularmente en mercados de productos diferenciados; iii) la existencia de ofertas alternativas disponibles para los clientes, tanto en términos de número de ofertas alternativas disponibles, como en términos de costos de re-direccionamiento de las compras; iv) capacidad de reacción de los competidores rivales; v) eliminación de un competidor vigoroso, vi) eliminación de un competidor o entrante potencial, vii) el aumento del poder de compra de las empresas concentradas, particularmente si puede perjudicar a sus clientes o consumidores finales<sup>37</sup>.

---

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

---

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

### **5.1.1. Efectos unilaterales sobre los precios, en mercados de productos diferenciados**

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

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

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

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

En la medida de lo posible se buscará calcular el grado de competencia directa entre las firmas que se concentran, mediante la estimación del “cociente de desviación” (diversion ratio) entre sus productos. El cociente de desviación es la proporción de las unidades vendidas de uno de los productos y que se re-direccionan a otro de los productos, como resultado de un aumento de precios del primero. Esta proporción se puede obtener estimando elasticidades, utilizando datos de encuestas u otros documentos que revelen las primeras y segundas preferencias de los consumidores. Altos coeficientes de desviación indican mayor probabilidad de efectos unilaterales adversos<sup>38</sup>.

---

38 Para un análisis más detallado ver Shapiro, C. (1996). Mergers with Differentiated Products. Articles and Features. University of Berkeley. Spring.

---

## Cuadro 4: Cociente de desviación

El concepto de cociente de desviación es simple: “Si una empresa sube sus precios, ¿qué porcentaje de sus ventas se desviarán a la competencia?”. Es un concepto relacionado con el de la elasticidad precio cruzada de la demanda entre dos empresas (en este caso, dos empresas que se concentran).

Supongamos, para facilitar el análisis, que las ventas de las empresas que se concentran son iguales: entonces el cociente de desviación entre las marcas A y B es igual a la elasticidad precio cruzada entre las marcas A y B, dividido por la elasticidad precios directa de A. Ejemplo: si la elasticidad precio directa de A es igual a 2 y la elasticidad precio cruzada entre A y B es 0,5, entonces el cociente de desviación es  $0,5/2 = 25$ . Esto significa que el 25% de la ventas de A se desviarán a B si A aumentara sus precios.

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

Los efectos unilaterales adversos arriba descritos pueden no aparecer si existen participantes en el mercado que ofrecen productos sustitutos muy cercanos de los productos de las empresas que se concentran. En algunos casos otros participantes del mercado tienen capacidad de reposicionar sus productos para transformarlos en productos sustitutos cercanos de los de las empresas que se concentran. El reposicionamiento de la oferta remanente es una respuesta desde el lado de la oferta, que se evaluará en términos de su oportunidad, suficiencia y probabilidad de ocurrencia para contrarrestar el comportamiento de las firmas que se concentran<sup>39</sup>.

### 5.1.2 Efectos unilaterales sobre mecanismos negociados de formación de precios y subastas

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

---

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

---

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

En estos casos, efectos unilaterales adversos serán más probables de acuerdo a: i) la frecuencia con que, previo a la operación, las firmas que se concentran compitieron y se sus ofertas se posicionaron como primera y segunda mejores alternativas; ii) la distancia entre la firma post-concentración respecto del resto de los proveedores, en términos de atender las necesidades de los compradores; iii) la rentabilidad de las subastas ganadas previo a la operación; iv) la información con que cuentan las firmas que se concentran respecto de las preferencias de los compradores<sup>40</sup>.

### **5.1.3 Efectos unilaterales sobre la capacidad instalada y la producción, en mercados de productos homogéneos**

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

Los mecanismos a tal fin pueden ser varios: i) producir con capacidad ociosa; ii) interrumpir proyectos de ampliación de capacidad que se hubieran llevado a cabo en ausencia de la operación; iii) eliminar instalaciones de producción pre-existentes, o iv) re-direccionar el uso de la capacidad fuera del mercado relevante, hacia otros mercados.

La estrategia unilateral de restricción de la oferta tiende a ser más rentable cuando: i) la participación de mercado de la empresa integrada es alta; ii) la proporción de la producción comprometida para venderse a los precios previos a la operación es relativamente baja; iii) el margen precio-costos sobre las unidades no vendidas es relativamente bajo; iv) la capacidad y voluntad de sustitución de sus competidores es relativamente baja, y v) la elasticidad de la demanda es relativamente baja.

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

Otro caso a considerar es una concentración entre una firma con participación alta en el mercado y una firma con considerable capacidad excedente, aunque baja

---

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

---

participación de mercado, en la medida en que esta última haya sido el principal límite de la primera a implementar estrategias de restricción de la oferta.

#### **5.1.4 Efectos unilaterales sobre la variedad e innovación de productos**

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

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

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

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

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

---

### 5.1.5 Efectos unilaterales sobre la capacidad de expansión de los competidores

En algunas circunstancias una operación horizontal puede poner a la empresa integrada en posición de impedir el desarrollo de las firmas menores del mercado o potenciales entrantes, por ejemplo, a través del control o influencia sobre fuentes de insumos, canales de distribución, derechos de propiedad intelectual (patentes, marcas y similares), infraestructuras y plataformas tecnológicas. En estos casos, puede considerarse las diferencias de magnitud económica entre la empresa integrada en relación a sus rivales<sup>41 42</sup>.

## 5.2 Efectos coordinados

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

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

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

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

La interacción coordinada comprende un amplio espectro de posibles prácticas o conductas. Puede comprender la negociación explícita de un entendimiento común

---

41 Cf. European Commission, 2004, párrafo 36.

42 Estos pueden considerarse como efectos verticales de una concentración horizontal. Cf. (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.113 y 4.114)

---

sobre cómo competir o abstenerse de competir en el mercado, conducta que en sí misma infringe la ley de competencia. Este comportamiento suele denominarse coordinación explícita.

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

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

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

Tres condiciones deben satisfacerse para que una coordinación pueda llevarse a cabo: viabilidad, sostenibilidad interna y sostenibilidad externa<sup>43</sup>.

La coordinación es viable si las firmas son capaces de llegar a un acuerdo y luego supervisar su cumplimiento. Por tanto la viabilidad de la coordinación depende del número de participantes en el acuerdo, su semejanza en objetivos e intereses y la transparencia de su accionar en el mercado.

La coordinación es internamente sostenible si sus resultados son consistentes con los intereses individuales de cada participante, es decir si sus intereses individuales no los desvían de la coordinación.

Para ello, cada empresa debe percibir que su rentabilidad cae si traiciona el acuerdo intentando capturar clientes mediante rebajas o descuentos encubiertos u otras mejoras respecto de las condiciones comerciales coordinadas<sup>44</sup>. La caída de su rentabilidad puede simplemente producirse si todas las empresas pasan a fijar el precio normal de competencia.

Nótese que en ese caso, la represalia puede surgir espontáneamente, sin coordinación explícita o implícita, ni necesidad de incurrir en precios por debajo del costo, como respuesta individual pero simultánea de las empresas para retener su clientela,

---

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

44 Esta acción suele denominarse "free riding".

---

una como estrategia defensiva conocida como igualar los precios del rival (“matching rival’s prices”).

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

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

Algunos factores son particularmente decisivos en la capacidad de las firmas de sostener una colusión, tales como las barreras a la entrada (ver sección 9), la frecuencia de las interacciones entre los participantes del mercado y el papel de la innovación. Existe poco espacio para las colusiones en ausencia de barreras a la entrada, interacciones poco frecuentes y mercados liderados por la innovación<sup>45</sup>.

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

### **5.2.1 Evidencias de coordinación pre-existente**

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

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

---

<sup>45</sup> Cf. Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole (2003), Final Report for DG Competition, European Commission. IDEI, Toulouse, PÁG. 67.

---

el mercado relevante, a fin de establecer si la operación aumenta las probabilidades de éxito de la coordinación.

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

### **5.2.2 Mercados estables, de baja complejidad y de productos homogéneos**

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

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

En mercados con alta diferenciación de productos o un ritmo significativo de innovación, la coordinación es menos viable, por cuanto la rentabilidad de las firmas participantes depende en mayor medida de la generación de ventajas competitivas respecto de sus rivales<sup>46</sup>.

### **5.2.3 Grados de concentración del mercado relevante**

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

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

---

46 Cf. European Commission, 2004, párrafo 45.

---

## 5.2.4 Participaciones de mercado simétricas y semejanza de los participantes del mercado

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

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

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

Debe observarse que una operación puede producir una estructura de mercado conocida como de “líder-seguidores” en la cual existe asimetría entre el líder y los seguidores, pero simetría entre los seguidores. En esta estructura los seguidores pueden coordinarse implícitamente tomando como base la conducta del líder<sup>47</sup> (quien puede tomar sus decisiones de mercadeo sin preocuparse por las reacciones de sus seguidores). En este caso particular, se observa que la diferencia analítica entre efectos unilaterales y coordinados se desdibuja, o, dicho de otro modo, la operación presenta a la vez efectos unilaterales y coordinados significativos.

## 5.2.5 Ausencia de competidores en el margen (“fringe competitors”)

Son competidores en el margen (“fringe competitors”) las firmas que están presentes en el mercado relevante, aunque de modo marginal, no participan de la coordinación, y cuentan con capacidad de expandir sus operaciones y socavar los beneficios de las acciones coordinadas de los participantes principales<sup>48</sup>.

## 5.2.6 Eliminación de un competidor rebelde (“maverick competitor”)

La reducción de competidores como efecto de una operación horizontal puede facilitar la viabilidad de una coordinación, pero la capacidad de las firmas de coordinarse y sus potenciales efectos adversos aumentan notoriamente si la firma adquirida ha sido un

---

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

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

---

competidor agresivo, que históricamente ha tendido a socavar los intentos de coordinación, por ejemplo negándose a seguir los aumentos de precios de sus competidores.

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

### **5.2.7 Interacción repetida a lo largo del tiempo e interacciones en terceros mercados**

En aquellos mercados en los cuales existe un reducido y estable número de participantes que vienen históricamente interactuando en el mercado relevante, la coordinación es más viable, ya que es más fácil alcanzar implícitamente un entendimiento común sobre comportamientos mutuamente beneficiosos, como un precio por debajo del cual no vender. La interacción repetida en el tiempo permite conocer qué nivel de precios bajos es pasible de desatar una guerra de precios que perjudicaría a todos los competidores.

La represalia a un competidor por la desviación respecto de una acción coordinada en el mercado relevante puede ocurrir en terceros mercados en los cuales todas o algunas de las empresas involucradas se encuentren operando, por sí mismas o a través de firmas vinculadas<sup>49</sup>.

### **5.2.8 Alta frecuencia y reducido volumen de las transacciones**

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

Ello se debe a que las ganancias que las firmas pueden obtener de evadir el acuerdo y ganar un cliente de la competencia son cuantiosas, ciertas e inmediatas, mientras que la retaliación se aplaza en el tiempo hasta la próxima transacción y su costo es incierto y reducido en su valor presente, dado que sucederá en un momento relativamente lejano en el tiempo<sup>50</sup>.

---

49 Cf. European Commission, 2004, párrafo 55.

50 Cf. European Commission, 2004, párrafo 53.

---

## 5.2.9 Mercados transparentes y mecanismos de intercambio de información

La coordinación sólo es viable si las firmas son capaces de detectar las acciones que se desvían del entendimiento común, a fines de aplicar algún tipo de represalia. La existencia información sobre precios públicamente disponible<sup>51</sup> permite detectar rebajas de precios no acordadas. También puede servir a similar efecto información sobre volúmenes y capacidades de producción.

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

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

La transparencia de los mercados tiende a ser mayor cuando las transacciones se realizan bolsas de comercio o subastas. En sentido contrario, la transparencia es menor en los mercados en que los contratos se negocian bilateral y confidencialmente entre compradores y vendedores. Para evaluar el grado de transparencia de un mercado, es importante establecer qué inferencias concretas pueden hacer las empresas de la información disponible<sup>52</sup>.

También se considerarán las cláusulas contractuales con los clientes que pueden operar como mecanismos de intercambio de información para viabilizar la interacción coordinada. Las más usuales son las cláusulas que garantizan a los clientes la igualación de las ofertas de la competencia (cláusulas de igualación de la competencia) o la igualación de las ofertas realizadas a otros clientes (cláusula de cliente más favorecido)<sup>53</sup>.

---

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

52 Cf. European Commission, 2004, párrafo 50

53 Cf. European Commission, 2004, párrafo 50.

---

### 5.2.10 Demanda atomizada, débil y de fácil segmentación

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

Por otra parte, las clientelas segmentables en función de sus atributos físicos, preferencias, poder de compra, ubicación geográfica, lealtad a los proveedores u otros atributos, pueden facilitar los acuerdos de reparto de mercados, siempre que exista información transparente o mecanismos de intercambio de información que permitan detectar si los clientes cambian de proveedores.<sup>54</sup>

### 5.2.11 Baja elasticidad de la demanda

La viabilidad de acciones coordinadas es mayor si la firma que inicia el aumento de precios pierde pocos clientes a favor de sus rivales hasta que éstos acomodan los precios al nuevo nivel. Análogamente, si la empresa que recorta sus precios gana pocos nuevos clientes, que luego pierde una vez que los competidores acomodan los precios a la baja. En general, se entiende que la coordinación es más probable en contextos de baja elasticidad de la demanda, porque los beneficios de la coordinación serán mayores para sus participantes<sup>55</sup>.

## 6. Posibles efectos anticompetitivos de las integraciones verticales<sup>56</sup>

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

Existen dos principales efectos anticompetitivos adversos, atribuibles a operaciones de concentración vertical, a saber: la exclusión (total o parcial) de competidores del

---

54 Cf. European Commission, 2004, párrafo 46.

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

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

---

acceso a insumos (input foreclosure) y la exclusión (total o parcial) de competidores del acceso a una masa crítica de clientela (customer foreclosure).

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

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

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

## 6.1 Exclusión del acceso a insumos

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

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

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

La exclusión anticompetitiva de rivales del acceso a insumos (anti-competitive input foreclosure) es más probable cuando la empresa integrada cuenta con un grado

---

significativo de poder de mercado respecto del mercado de insumos importantes para el funcionamiento competitivo del mercado aguas abajo<sup>57</sup>.

Para evaluar el grado de poder en el mercado aguas arriba se considerará la participación de mercado de la firma integrada. Participaciones mayores al 30%<sup>58</sup> serán consideradas con mayor atención, en relación a la posibilidad de cierre anticompetitivo del mercado de insumos.

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

A efectos de establecer tal efecto neto, se considerará: i) el margen de ganancia en las ventas de insumos a los rivales; ii) el volumen de ventas de insumos que absorben el resto de los proveedores del insumo, como resultado de los aumentos de precios o negativas de venta en que incurre la firma integrada; iii) la capacidad y voluntad de tales proveedores independientes de insumos de, por su parte, aumentar los precios o restringir la disponibilidad; iv) el margen de ganancia de la empresa integrada post operación en el mercado de producto; v) el grado en que los competidores no integrados en el mercado de producto aumentan los precios o deterioran la oferta, como efecto de la práctica exclusoria; y vi) el giro de negocios que como consecuencia se re-direcciona desde los rivales hacia la firma integrada, en el mercado relevante de producto.

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

Para ello se evaluarán varios factores, que incluyen: i) la naturaleza de la competencia tanto aguas arriba como aguas abajo; ii) los mecanismos de fijación y formación de

---

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

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

---

los precios, la estructura de los precios; y iii) la existencia previa de doble marginalización<sup>59</sup>, que resulta removida por la operación, resultando en una reducción de los precios del producto final.

## 6.2 Exclusión del acceso a clientes

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

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

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

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

Para establecer el efecto neto sobre la rentabilidad de la estrategia de exclusión del acceso a la clientela se considerarán varios factores, que incluyen: i) el margen de ganancia de la empresa integrada en el segmento de distribución o comercialización, particularmente sobre la distribución de los productos de la competencia; ii) el volumen de distribución de productos de la competencia que absorben el resto de los distribuidores, como resultado de los aumentos de costos o negativas a distribuir en

---

<sup>59</sup> La doble marginalización es una situación en la cual dos empresas independientes, con poder de mercado, obtienen márgenes positivos aguas arriba y aguas abajo. Si se concentran, se fija un único margen, que puede resultar en una mayor cantidad ofrecida de producto y un menor precio.

---

que incurre la firma integrada; iii) la capacidad y voluntad de los distribuidores no integrados de, por su parte, aumentar los precios o restringir la disponibilidad de sus servicios; iv) el margen de ganancia de la empresa integrada post operación en el mercado del producto; v) el grado en que los competidores no integrados aumentan los precios o deterioran la oferta de sus productos, como efecto de la práctica exclusoria; y vi) el giro de negocios que como consecuencia se re-direcciona desde los rivales hacia la firma integrada, en el mercado del producto.

### 6.3 Efectos coordinados de las integraciones verticales

Las integraciones verticales pueden crear o potenciar varios de los elementos estructurales y de comportamiento que viabilizan la interacción coordinada. A saber: i) puede proveer acceso a información comercialmente sensible sobre competidores no integrados; ii) puede aumentar la concentración de la oferta en un mercado relevante, si se excluyen competidores, iii) en un mercado ya caracterizado por firmas verticalmente integradas, una concentración adicional aumenta la simetría entre los participantes y la transparencia del mercado y homogeneiza sus intereses facilitando la alienación de los incentivos y la sostenibilidad interna de la coordinación; iv) puede aumentar las barreras de entrada al mercado, facilitando la sostenibilidad externa de una coordinación; v) puede reducir el poder compensatorio de los compradores (countervailing buyer power) si la operación consiste en la compra de un gran cliente.

## 7. Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones de conglomerado

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

---

Existen dos principales efectos anticompetitivos adversos, atribuibles a operaciones de conglomerado, a saber: la exclusión de competidores a través de ventas atadas (tying) o ventas en paquete (bundling) o a través efectos de cartera (portfolio effects).

Las ventas atadas se producen cuando los clientes sólo pueden comprar un determinado producto (el producto atado o vinculado) si, a su vez, compran otro (el producto vinculante). Las ventas en paquete ocurren cuando los clientes reciben descuentos o compensaciones por la compra conjunta de dos productos. Si bien estas estrategias de comercialización difieren en su forma, desde el punto de vista de la competencia son de efecto equivalente.

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

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

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

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

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

La exclusión anticompetitiva resultante de efectos de cartera, será viable si existen costos fijos significativos asociados a la provisión de la variedad de productos que

---

los consumidores valoran y pocas empresas con capacidad de ofrecer la variedad requerida. Este tipo de exclusión será más viable, en la medida en que la firma pueda circunscribirse a vender la cartera completa de productos y evitar vender productos individuales.

Las operaciones de conglomerado pueden crear o reforzar efectos coordinados, en virtud de que: i) los rivales parcialmente excluidos preferirán seguir antes que desafiar la fijación coordinada de precios; ii) las operaciones de conglomerado pueden aumentar la interacción repetida de las firmas en múltiples mercados, aumentando la viabilidad de la coordinación y los costos del desvío; iii) pueden aumentar la transparencia de los mercados y los mecanismos de intercambio de información.<sup>60</sup>

## 8. Capacidad compensatoria de los compradores vigorosos

Los compradores vigorosos<sup>61</sup> frecuentemente son capaces de negociar acuerdos comerciales favorables con sus proveedores. Tales acuerdos usualmente reflejan los menores costos de proveer a grandes compradores, pero también evidencia una discriminación de precios que los favorece.

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

A efectos de establecer si la existencia de compradores vigorosos puede mitigar algunos de los efectos adversos sobre la competencia de una operación, se considerará no solamente la existencia de compradores vigorosos previo a la operación, sino en qué medida continuarán siéndolo si la operación reduce el número de proveedores confiables disponibles<sup>62</sup>.

---

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

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

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

---

## 9. Barreras a la entrada o expansión de competidores

### 9.1 Definición

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

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

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

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

Las barreras a la entrada son los diversos elementos de orden legal, tecnológico o económico, que afectan adversamente la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la capacidad de entrada de nuevos participantes al mercado relevante, o de la capacidad de expansión de la escala de producción o comercialización de los participantes establecidos.

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

---

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

## 9.2 Tipos de barreras a la entrada

### 9.2.1 Barreras legales y tecnológicas

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

Para las telecomunicaciones móviles, las barreras a la entrada son muy significativas debido a que el espectro es un recurso escaso y su adquisición requiere de un proceso no inmediato. Por otro lado, los operadores requieren una licencia de la autoridad regulatoria para comenzar sus operaciones en el mercado de telefonía móvil<sup>63</sup>. Si bien se ha observado en los últimos años que el período de obtención se ha regulado y por ende su plazo se ha acortado, la necesidad de una licencia se presenta como una barrera de entrada legal.

### 9.2.2 Inversión inicial y costos hundidos

Las inversiones necesarias para establecer una presencia efectiva en el mercado incluyen los costos iniciales de establecimiento, los costos asociados a la inversión en activos específicos, investigación y publicidad.

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

La mayoría de las inversiones en el mercado de telefonía móvil son costos hundidos, constituyéndose en una alta barrera a la salida. En este caso los costos hundidos no son sólo la inversión en infraestructura de red, sino también en la adquisición de derechos de utilización del espectro radioeléctrico.

---

<sup>63</sup> Buigues P. y Rey P., 2002. *'The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications Perspectives for the New European Regulatory'* e Institut d'Economie Industrielle, Université des Sciences Sociales, France.

---

### 9.2.3 Economías de escala

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

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

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

La existencia de economías de escala tiene una relación directa con la estructura de costos del sector, en particular con la existencia de altos costos fijos, que en telecomunicaciones además de ser fijos no se pueden recuperar cuando se sale del negocio, y de costos marginales decreciente o tendientes a cero.

### 9.2.4 Tamaño del mercado o de la demanda

Relacionado con lo precedente, se encuentra el tamaño del mercado o de la demanda. Si el volumen de la demanda existente es reducido y no puede ampliarse, ello funciona como una barrera a la entrada de nuevos competidores, ya que no existe suficiente espacio para que varias firmas puedan operar rentablemente.

Sobre este punto, los mercados maduros -es decir con altos niveles de penetración- se podrían presentar como una barrera a la entrada.

### 9.2.5 Ventajas de las firmas primero establecidas

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

De acuerdo a un estudio en el mercado europeo, el primero en incursionar en el mercado no solo se queda con los mejores clientes, sino que también recupera en forma más rápida los costos de capital vinculados a la instalación de la red. A medida

---

que aumentan los operadores en el mercado, disminuyen las expectativas de beneficios de un potencial entrante.<sup>64</sup>

También las firmas primero establecidas pueden responder estratégicamente a la entrada de competidores bajando los precios o invirtiendo en capacidad o marcas adicionales, lo cual encarece la entrada.

Esta situación se ha verificado en todos los países que han optado por abrir sus mercados luego de tener una estructura monopólica. Las ventajas del primer operador establecido existen y son muy importantes, y deben ser analizadas de forma de evitar que la respuesta estratégica del operador establecido resulte en conductas perjudiciales a la competencia.

Este punto se puede analizar en forma conjunta con los costos de cambio de operador, ya que si estos son muy altos, las ventajas del operador establecido son aún mayores (ver sub-sección costo de cambio de operador).

### **9.2.6 Efectos de red**

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

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

Los servicios de telecomunicaciones tienen efectos de red, ya que el valor de contratar un servicio aumenta a medida que hay más usuarios que utilizan este mismo servicio. Esta característica podría dar lugar a la existencia de monopolios, sin embargo, la existencia de interconexión e interoperabilidad de redes permite la existencia de diversos

---

<sup>64</sup> Petrecolla D. y Romero C., 2008. ‘El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia’ de ‘Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno’, Tomo II. Ana Piaggi, editora. AbeledoPerrot.

---

proveedores de servicio móvil<sup>65</sup>. Pese a lo expuesto, los operadores pueden inducir efectos de red dentro de su propia red a través de la diferenciación de precios on-net y off-net<sup>66</sup>. Este concepto había sido descrito por Laffont<sup>67</sup> como “efectos de red por tarifa” concluyendo que a características similares de los operadores, los usuarios preferirían sumarse a aquella red que tuviera más suscriptores, favoreciendo de esta forma a los operadores más grandes del mercado.

### 9.2.7 Costos de cambio de proveedor

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

Si los costos de cambio son altos, puede reducir la competencia en el mercado. En telefonía móvil, la existencia de altos costos de cambio se vuelve más relevante cuanto mayor es la penetración del servicio. En los últimos años se ha observado en países de la región la introducción de portabilidad numérica, lo que permite reducir estos costos de cambio, favoreciendo así la competencia en el sector.

### 9.2.8 Barreras a la entrada generadas por una operación de concentración

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

---

65 Buigues P. y Rey P., 2002. “The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications Perspectives for the New European Regulatory” pg. 226.

66 Harbord D. y Pagnozzi M, 2008. “On-net/O-Net Price Discrimination and ‘Bill-and-Keep’ vs. “Cost-Based” Regulation of Mobile Termination Rates’ MPRA Paper No. 14540, posted 9.

67 Laffont, J.-J., P. Rey and J. Tirole (1998b) “Network Competition II: Price Discrimination,” RAND Journal of Economics, 29(1), 38-56.

---

## Cuadro 5: Barreras a la entrada en el Sector de Telecomunicaciones en Costa Rica

El Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, en su artículo 22 establece que pueden considerarse barreras de entrada las siguientes:

- Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficiente.
- El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de los usos alternativos de infraestructura y equipo.
- La necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual o industrial.
- La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos.
- Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales.
- Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los operadores y proveedores ya establecidos en el mercado relevante.
- Los actos de autoridades estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos operadores o proveedores.

---

## Cuadro 6: Costos de cambio de proveedor. Retención de clientes en el mercado de telefonía móvil

En el campo del marketing de la industria de telecomunicaciones suele existir la creencia general que una vez que los consumidores han adquirido el servicio y se han conectado a la línea de un operador particular, los lazos de largo plazo con dicho operador son de mayor importancia para el éxito de la compañía en los mercados competitivos, de lo que representan en otros sectores. Los anteriores conceptos se encuentran vinculados, de manera que la satisfacción del consumidor representa un determinante directo de su lealtad, siendo esta última, a la vez determinante central de la retención de los usuarios. Gerpott, Rams y Schindler (2001) muestran los resultados de un estudio para el mercado de telefonía móvil en Alemania.

La retención de clientes (CR) concierne al mantenimiento de la relación comercial entre el proveedor y el consumidor. Por su parte, el usuario puede querer mantener la relación, dada su concepción favorable respecto al proveedor, y en beneficio mutuo (lealtad, CL). La satisfacción (CS) puede interpretarse como la evaluación subjetiva del usuario acerca del grado en el cual sus expectativas en relación al servicio se vieron cumplidas.

Sobre la base la experiencia alemana para el mercado de telefonía móvil, los autores concluyen que la CR puede ser alta, como consecuencia de: (i) CL alto, (ii) el deseo de los consumidores de retener el número de acceso del teléfono móvil durante un largo periodo y (iii) los consumidores evalúen en forma elevada los beneficios derivados de los servicios ofrecidos por su proveedor.

---

En relación con los determinantes de CL, las hipótesis planteadas se resumen de la siguiente manera: (i) CS tiene un efecto positivo en CL, (ii) CS no determina completamente CL. Existe un considerable número de consumidores que, aun cuando demuestren un alto grado de lealtad, tienen un bajo grado de satisfacción (dado que la lealtad se vincula al futuro) y (iii) cuanto mejor sea la imagen que los usuarios tienen de los operadores competidores, menor será la CL.

Finalmente, con respecto a la CS, pueden distinguirse las siguientes variables, como influyentes: (i) La calidad de la línea (por ejemplo, claridad de la voz), (ii) el precio erogado para obtener el acceso y utilizar la línea y (iii) otras variables relevantes al usuario, como por ejemplo el intercambio de información entre aquel y su operador.

De acuerdo a la investigación empírica, para medir CR, los usuarios fueron encuestados acerca de si estaban dispuestos a terminar el contrato tan pronto como fuera posible. El 59.8 % de los consultados se clasificaba dentro del grupo con “una relación estrecha” con el operador, y el 12.6 %, como débilmente unido. En relación al CL, se les preguntó si reelegirían el mismo operador u otro proveedor, y si recomendarían su propio u otro operador a amigos. El promedio de los consultados demostró un grado relativamente alto de lealtad hacia su operador. Para medir CS, se les pidió que realicen un comentario sobre la frase “Estoy completamente satisfecho con mi operador de telecomunicación móvil”. El 28 % estaba satisfecho, y solo el 6.3 % se encontraba en desacuerdo con el servicio brindado.

Por su parte, se evidenció una significativa correlación positiva entre las tres variables. La renuencia de los consumidores a romper con la relación contractual con su operador, se encuentra vinculada estrechamente con la CL. Sin embargo, CL no explica en su totalidad la CR, subsistiendo otros factores a tener en cuenta, como el deseo de dejar el número de teléfono inalterado, el precio, etc. (además, debe tenerse en cuenta las barreras con las cuales se enfrenten los usuarios al querer cambiar de operador). Es por ello, que puede hablarse de interacción entre las mismas, pero no de similitud estricta.

### 9.3 Grado de apertura del mercado relevante

La SUTEL buscará establecer el grado de apertura que existirá en el mercado relevante si se produce la operación. A tal fin evaluará la probabilidad o viabilidad de la entrada o expansión de competidores, la envergadura de dicha entrada y su oportunidad.

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

La envergadura de la entrada se relaciona con la cuota de mercado a la que puede aspirar un ingresante, en relación a la cuota de mercado de la firma integrada. Cuotas bajas en mercados con productos homogéneos, si existe posibilidad de expandir la capacidad de producción, pueden plantear un límite al comportamiento de la firma integrada. En cambio, las cuotas tienen que ser de mayor envergadura en mercados

---

con productos diferenciados. En general, los entrantes que se ubican en nichos de mercado no pueden considerarse una limitación del comportamiento de las firmas establecidas.

El plazo de entrada que se considera oportuno varía según las características propias de cada mercado. Un plazo máximo de dos años<sup>68</sup> puede ser adecuado para una buena parte de los casos.

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

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

En esta sección se considera el análisis del grado de apertura de los mercados relevantes identificados.

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

En base a lo precedente, para evaluar si la entrada o expansión de competidores luego de una operación informada es viable, oportuna y suficiente, se considerarán los siguientes elementos. i) la historia reciente de entradas o expansión en el mercado relevante, incluyendo costos de entrada e impacto en el mercado; ii) evidencias de planes de entrada o expansión de terceros; iii) observaciones directas o información estadística sobre barreras a la entrada, expansión y salida; iv) los costos de entrada y expansión y de operación de instalaciones productivas de mínima escala eficiente; v) el periodo de recupero de los costos de entrada o expansión; vi) contratos de largo plazo; vii) costos de salida del mercados; viii) potencial efecto del cambio tecnológico y la innovación sobre las barreras a la entrada; ix) la capacidad y voluntad de los clientes de patrocinar la entrada o expansión de proveedores; x) la viabilidad de importaciones y otras reacciones desde la oferta (si no fueron contabilizadas en el mercado

---

<sup>68</sup> Este parámetro es el fijado por la autoridad británica. Cf. (U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.189)

---

relevante); xi) la probable respuesta de las firmas establecidas; xi) el efecto de la propia operación informada sobre las barreras a la entrada.

## 10. Ganancias de eficiencia

La SUTEL podrá no objetar una concentración empresarial si los interesados: i) demuestran que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia; ii) demuestran que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios; y iii) formulan un compromiso según el cual los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores, respaldado con garantías a requerimiento de la SUTEL.

La SUTEL instrumenta esta excepción teniendo presente que la legislación de competencia prioriza la protección de los consumidores por encima de las eficiencias internas a lograrse con una concentración<sup>69</sup> y que la experiencia internacional indica que las ganancias de eficiencia muy raramente pueden compensar una concentración que genere un monopolio o cuasi-monopolio.<sup>70</sup>

Dado el carácter excepcional del instrumento, la SUTEL sólo considerará las eficiencias que se derivan específicamente de la operación notificada y que no pueden lograrse por ninguna otra vía alternativa.<sup>71</sup>

Las ganancias de eficiencia son difíciles de verificar, por lo cual se requiere a los interesados presentar evidencia directa o relevante<sup>72</sup> sobre las ganancias de eficiencia a obtener, para lo cual deberán presentar estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico.

No se considerarán las ganancias de eficiencia vagas, especulativas o que no pueden verificarse. Las proyecciones a futuro de eficiencias generadas fuera del curso normal de negocios de las firmas concentradas se considerarán con mayor escepticismo que aquellas estimaciones basadas en experiencias pasadas análogas.<sup>73</sup>

---

69 Esta fórmula se encuentra en Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág.30.

70 Cf. Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág. 31.

71 Cf. Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág. 29.

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

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

---

Para cada ganancia de eficiencia que los interesados atribuyen a la operación, los estudios deberán proveer evidencia directa sobre<sup>74</sup>: i) por qué son específicas a la operación y no pueden obtenerse de otro modo; ii) su magnitud estimada, neta de los costos en que deba incurrirse para su obtención; iii) su probabilidad de ocurrencia, iv) cómo, cuándo y con qué costos serán obtenidas y traspasadas a los consumidores; v) cómo potenciarán la capacidad y voluntad de la firma integrada para competir, vi) qué consumidores recibirán los beneficios y vii) otras evidencias que la SUTEL requiera, conforme a las especificidades del caso.

La SUTEL objetará aquellas operaciones que tiendan a producir una restricción indebida de la libre competencia, que son aquellas que conducen a una disminución significativa de la competencia que perjudica a los consumidores, por ejemplo, a través de aumentos de precios o costos, caídas en la productividad y la innovación, reducción de la oferta disponible o de su calidad o variedad.

Las ganancias de eficiencia que puede contemplar SUTEL están especificadas de manera enunciativa en el artículo 19 del Reglamento<sup>75</sup>, y son las siguientes:

- a)** La obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien al menor costo o a mayor cantidad del bien al mismo costo.
- b)** La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente.
- c)** La disminución significativa de los gastos administrativos.
- d)** La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado.
- e)** La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura.

Ahora bien, la SUTEL considerará que sólo las ganancias de eficiencias que cumplen con los siguientes tres criterios pueden impedir o compensar los efectos anticompetitivos adversos de la operación:

- Las ganancias de eficiencia deben tener un grado alto de probabilidad de ocurrencia, en un plazo coincidente con el de la posible emergencia de los

---

<sup>74</sup> Listado basado en US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, pág.30.

<sup>75</sup> Si bien el artículo 19 del Reglamento se refiere al análisis de prácticas monopolísticas relativas, el párrafo 3 del artículo 24 del Reglamento remite a ellas para analizar las concentraciones.

---

daños; no se considerarán aquellas eficiencias que sucederán luego de que se haya configurado el daño al consumidor;

- Las ganancias de eficiencia deben ser específicas a la operación, es decir su consecuencia directa; no se considerarán ganancias de eficiencia que las firmas podrían haber obtenido con cualquier otro curso de acción, distinto de la concentración;
- Las ganancias de eficiencia deberán trasladarse a los consumidores directos de las firmas que se concentran; sólo de modo complementario se tendrá en consideración ganancias de eficiencias trasladadas a otros consumidores o mercados.

Para apoyar esta determinación, el artículo 24 del Reglamento establece que al invocar las eficiencias, el notificante deberá describir y acreditar su naturaleza y efectos, así como el plazo en que se prevé que éstos se desarrollen.

La redacción del mencionado artículo 19 del Reglamento establece una lista “abierta” o enunciativa de eficiencias. Esto significa que la SUTEL podrá considerar también otras ganancias de eficiencia que no se mencionen expresamente en la norma.

Los siguientes son algunos tipos de eficiencias internacionalmente reconocidas que pueden cumplir con los criterios arriba expuestos con mayor facilidad, según se describe a continuación:<sup>76</sup>

- **Reducciones de costos**

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

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

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

---

<sup>76</sup> Listado adaptado de US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2010, página 31 y U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.206 y subsiguientes.

---

Se considerará con un grado mayor de aceptación las reducciones de costos marginales o costos variables o incrementales de corto plazo, en virtud de su importancia en la fijación de precios de corto plazo: son los más relevantes para estimular la competencia y los que con mayor probabilidad se traspasan a los consumidores a través de menores precios. Se atribuirá un menor valor a los ahorros de costos fijos, porque en general configuran ganancias privadas de las firmas y son menos importantes en la fijación de precios en el corto plazo, aunque no se desconocerá su importancia en la fijación de precios de largo plazo<sup>77</sup>

- **Eliminación de la doble marginalización, en integraciones verticales**

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

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

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

- **Alineación de objetivos de inversión, en integraciones verticales**

Las integraciones verticales permiten alinear los objetivos de inversión en nuevos productos, procesos, mercadeo, publicidad, etc. de dos firmas ubicadas en etapas sucesivas de la cadena de producción, maximizando los resultados de las inversiones. De esta manera se resuelve un problema de coordinación conocido como “investment hold-up problem” (problema de retracción de inversiones).

---

<sup>77</sup> Cf. U.K. Competition Commission, 2009, párrafos 4.208.

---

- **Reducciones de precios y costos de compra, en operaciones de conglomerado**

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

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

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

- **Eficiencias con posibles efectos ambiguos**

A diferencia de las eficiencias tratadas en la sección precedente, las eficiencias que se describen brevemente a continuación, pueden tener resultados más ambiguos, según se describe a continuación.

- **Investigación y desarrollo<sup>78</sup>**

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

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

---

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

---

- **Mejoras en el aprovisionamiento, gerenciamiento y costos del capital**

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

- **Efectos de red**

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

- **Reposicionamiento de productos**

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

## Cuadro 7: Ganancias de eficiencia – Fusión de empresas de GLP en Canadá

En el caso de la fusión entre las empresas comercializadoras de propano en Canadá, Superior Propane e ICG Propane, el comisionado de competencia, objetó la fusión, considerando que incrementaría los precios afectando la eficiencia asignativa (DWL) y reduciendo el excedente del consumidor (EC):

- $DWL + \text{Transferencia de consumidores a oferentes} = 6 + 40.5 = 46.5$  (MM\$/año)
- Existían ganancias de eficiencia productiva de 29.2 MM\$/año

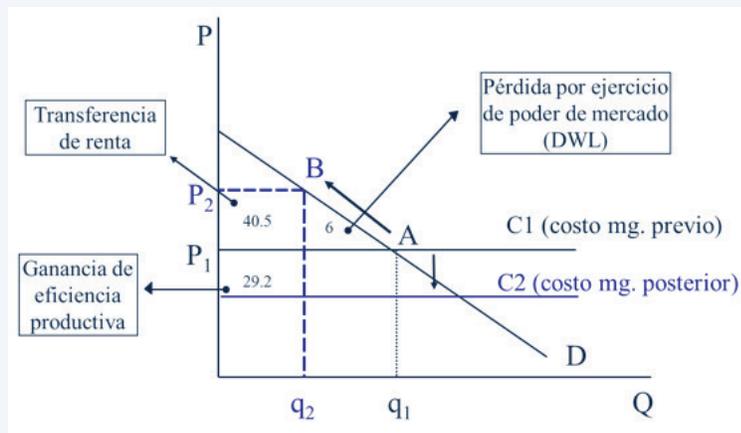
El Tribunal de Competencia, rechazó la disolución de la fusión usando el standard del excedente total (que no computa las transferencias de rentas entre consumidores y oferentes):

- Ganancias de eficiencia productiva (29.2 MM) > DWL

La Corte, requirió mayor flexibilidad al Tribunal de Competencia, sugiriendo un standard de excedentes ponderados.

Como se puede ver en el Gráfico 1, se pasa de una situación A con competencia y costos más “altos” a una situación B con ejercicio de poder de mercado y costos más “bajos”. La disminución del EC es igual a  $40.5+6$  y el aumento del EP es de  $40.5+29.2$ , por lo que el efecto neto (ganancia de bienestar es igual a  $29.2-6$  (EP-EC)

Gráfico 1. Efecto de la fusión en el mercado



Fuente: Elaboración propia

---

El Tribunal de Competencia, reconsideró pero sólo computó como pérdidas las transferencias, desde los consumidores de bajos ingresos hacia los oferentes (2.6 MM). Aun ponderándolas el doble el efecto neto era positivo:

- $DWL + \text{transferencia de consumidores de bajos ingresos} \times 2 < \text{Ganancias de eficiencia productiva}$   
( $6 + 5.2 = 11.2 < 29.2$ )

En el 31 de enero del 2003, la Corte denegó la apelación del Comisionado de Competencia, por mayoría (2 a 1). Uno de los jueces, emitió una disidencia respecto de los mercados geográficos donde se formaba un monopolio (no aceptó la compensación de la eficiencia productiva en estos casos).

---

## 11. Firmas en crisis

El artículo 56 de la Ley 8642 señala que la SUTEL valorará si la concentración es necesaria para evitar la salida de un operador del mercado en perjuicio de los usuarios. Esta circunstancia se conoce internacionalmente como el “failing firm defense”.

Así, la SUTEL puede decidir no objetar una operación de concentración con efectos competitivos adversos, si la misma involucra una empresa en crisis, siempre que se demuestre que con la operación las condiciones de competencia en el mercado relevante se deteriorarán en un grado menor o similar que sin la operación.

Internacionalmente se ha determinado que las condiciones en que procede aplicar la excepción de la empresa en crisis para no objetar una concentración, son las siguientes:

1. La empresa supuestamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará inevitablemente el mercado en un futuro próximo
2. No existe otra alternativa o proyecto real o alcanzable menos anticompetitivo que la integración notificada
3. El daño a la competencia generado por la operación es comparable con aquel que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis

Los interesados deberán proveer a la SUTEL evidencia directa o relevante sobre si la empresa en crisis: i) se encuentra incapacitada en el corto plazo de honrar sus obligaciones financieras; ii) no podrá re-estructurarse exitosamente conforme a la legislación

---

---

concurzal u otras aplicables de similar naturaleza; iii) sin la operación, sus activos tangibles e intangibles saldrán inevitablemente del mercado relevante; iv) ha realizado esfuerzos de buena fe, no exitosos, para convocar compradores alternativos que mantengan sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante, con menor daño para la competencia.<sup>79</sup>

Dado el carácter excepcional de la norma, la SUTEL la aplicará sólo a las empresas en crisis. En general, la venta de divisiones o subsidiarias en crisis de empresas rentables no cumplen con el criterio de salida inevitable<sup>80</sup>.

En el caso en que la operación involucre la división o subsidiaria en crisis de una empresa, sólo se considerará la aplicación de la excepción, si los interesados proveen evidencia directa o relevante de que: i) aplicando las reglas de asignación de costos que reflejen los costos reales económicos, la división ha persistentemente obtenido flujos operativos negativos, que no son económicamente justificables para la empresa en virtud de beneficios obtenidos en mercados complementarios o fidelización de los clientes; ii) el propietario de la división en crisis ha realizado esfuerzos de buena fe, no exitosos, para convocar otras ofertas que mantengan sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante, con menor daño para la competencia. La evidencia debe mostrar que planes de administración de la división no han sido alterados con el propósito de generar un flujo operativo de negocios negativo, a los efectos de obtener la autorización de la concentración<sup>81</sup>.

La SUTEL no aplicará la excepción si la competencia por la cuota de mercado de la empresa en crisis entre las empresas que permanecen en el mercado relevante es significativamente menos lesiva que su absorción por la empresa participante en la operación de concentración<sup>82</sup>.

---

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

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

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

82 Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párrafo 4.33.

---

## 12. Medidas para restablecer la competencia en el análisis de concentraciones

Si la SUTEL concluye que la operación notificada tiene, o puede tener, un efecto restrictivo o distorsionador de la competencia, y decide subordinar la operación, deberá establecer las condiciones necesarias a fin de restaurar o preservar la competencia.

En particular el artículo 57 de la Ley 8642 establece que al autorizar una concentración, la SUTEL podrá imponer al operador o proveedor algunas de las siguientes condiciones:

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

El contenido de estos condicionamientos y sus criterios están contemplados, por ejemplo, en los lineamientos para el control de concentraciones de los Estados Unidos<sup>83</sup> y en los de la Comunidad Europea.<sup>84</sup>

---

83 Ver "U.S.D.O.J's 2004 Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies y DOJ and FTC Horizontal Guidelines for Public Comment, April 20, 2010".

84 Ver "Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/C)".

---

## 12.1 Objetivo y características

El propósito de las condiciones es compensar los efectos anticompetitivos de una concentración, para restaurar o mantener las condiciones de competencia en el mercado. Este no es un mecanismo de regulación de mercados. En consecuencia, la SUTEL no podrá por medio de este procedimiento obligar a las partes a mejorar las condiciones de competencia del mercado previas a la concentración. De ahí que resulta de particular importancia la selección de la medida más adecuada por parte del Regulador.

Al momento de seleccionar, diseñar e implementar una medida la SUTEL tendrá que considerar que la misma sea:

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

Al mismo tiempo, debe existir un marco transparente para la propuesta, discusión y adopción de las medidas remediales y eventuales alternativas, que permita también la participación de los interesados. Los principios y pautas principales para determinar los remedios en los casos individuales deben ser visibles e inteligibles para las partes y, eventualmente, para los competidores y consumidores. Por otra parte, si bien cada caso requerirá un análisis independiente, debe existir consistencia en las medidas remediales aplicadas por el Regulador a fin de proveer una base confiable para las expectativas y toma de decisiones corporativas.

---

## 12.2 Clasificación

Se encuentran a disposición de las partes y de la SUTEL distintas medidas, cuyo alcance, efecto y oportunidad deberán ser analizadas en conjunto, caso por caso, a fin de adoptar la que resulte más adecuada para remediar las consecuencias anticompetitivas que puedan derivarse de una concentración. Estas medidas pueden clasificarse en estructurales y conductuales (o de comportamiento)<sup>85</sup>:

- a) **Estructurales:** Son medidas que modifican en forma directa la asignación de derechos de propiedad en un breve período de tiempo (por ej. 6 meses). Entre ellas, principalmente la desinversión o venta de la totalidad de un negocio en marcha o la desinversión parcial de activos y actividades de las partes a favor de terceros competidores o de un nuevo participante en el mercado. Para que una desinversión sea efectiva requerirá la venta de un conjunto apropiado de activos mediante un proceso oportuno a un comprador adecuado.

En general, el conjunto de activos a desinvertir será la unidad mínima de un negocio que contenga todas las operaciones relevantes pertenecientes al área en conflicto y que pueda competir con éxito en forma autónoma (“stand alone basis”<sup>86</sup>). El alcance de la desinversión debe ser suficiente para hacer frente a los efectos anticompetitivos esperados y permitir al comprador de los activos competir efectivamente en el mercado.

A su vez, los alcances de estas medidas pueden ser modificados o complementados por otras disposiciones. Así, el conjunto de activos a desinvertir puede ser modificado, por ejemplo, para el caso que la desinversión no sea llevada a cabo en el plazo acordado para ello, estableciendo la obligación de desinvertir otros activos en forma adicional de manera tal de hacerlo más atractivo para posibles interesados (“crown jewel provisions”).

Complementariamente, puede designarse un agente fiduciario independiente a cargo de la venta del paquete de activos a desinvertir o un agente fiduciario encargado de monitorear, durante el proceso de venta, el manejo independiente del negocio a desinvertir, para preservar su valor.

---

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

86 ICN- Merger Remedies Review Project- 2005

- 
- b) **Conductuales (o de comportamiento):** Son remedios diseñados para modificar o limitar el comportamiento de las partes en el mercado, implementados mediante compromisos asumidos por las mismas. Pueden consistir, básicamente, en medidas tendientes a facilitar la rivalidad horizontal o en medidas tendientes a controlar resultados. Entre las primeras se encuentran los compromisos tendientes a garantizar que los competidores tengan acceso a ciertos activos esenciales o tecnologías de propiedad de una de las partes, compromisos de reducir barreras a la entrada, establecimiento de reglas de gobierno corporativo que limiten la influencia de una empresa en otra -especialmente en lo relativo a la fijación de políticas comerciales y que impidan el mutuo acceso a información comercialmente sensible (conocidas como “firewall provisions” y “chinese walls”)-, compromisos de no atar la venta de un producto a otro, y hasta obligaciones de no competir en determinados sectores del mercado. Entre las medidas tendientes a controlar los resultados (como ser precios o rangos de productos) se incluyen la aplicación de límites máximos de precios, acuerdos de nivel de servicios y compromisos de mantener el suministro de productos.

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

Existe una preferencia generalizada por las medidas remediales estructurales<sup>87</sup> (sobre todo en concentraciones horizontales) ya que éstas resultan más efectivas por atacar directamente las causas generadoras del efecto anticompetitivo e implican menores costos de monitoreo y menor distorsión de mercado. Sin embargo, las medidas conductuales pueden ser apropiadas<sup>88</sup> cuando una desinversión no es posible y la alternativa de una prohibición resulta desproporcionada, cuando los beneficios de la concentración son preservados mejor de esta forma, o cuando se estima que los efectos anticompetitivos tendrán una duración limitada en el tiempo (por ej. debido a los rápidos cambios tecnológicos u otros factores). También se las ha utilizado más asiduamente para el caso de concentraciones verticales, de industrias fuertemente

---

87 DOJ’s 2004 Policy Guide to Merger Remedies: “Structural remedies are preferred to conduct remedies in merger cases because they are relatively clean and certain, and generally avoid costly government entanglement in the market...A conduct remedy on the other hand, typically is more difficult to craft, more cumbersome and costly to administer, and easier than a structural remedy to circumvent.”

88 Las autoridades de otras jurisdicciones, como la Comisión Europea, generalmente han sido más receptivas a medidas conductuales. En sus “Notice on Remedies” la Comisión Europea explica que considerará caso por caso si un medida remedial conductual resulta apropiada.

---

reguladas o en caso de no existir demasiados compradores interesados en los activos desinvertidos.

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

## Cuadro 8: Remedios – El caso Telefónica-Telecom, en Argentina

En su Dictamen CNDC N° 835/10, la Autoridad de Competencia de Argentina, condicionó la “operación Telefónica-Telecom”<sup>89</sup> a la aceptación de un compromiso de gobierno corporativo por parte de las empresas que limita la influencia de Telefónica S.A. en la política comercial de Telecom Argentina S.A. y el acceso mutuo a información comercialmente sensible.

El Dictamen en cuestión analiza la adquisición por parte de Telefónica S.A.<sup>90</sup> (controlante de Telefónica de Argentina S.A.) de acciones de una sociedad extranjera que participa en Telecom Italia S.p.A. (controlante, junto con terceros, de Telecom Argentina S.A.).

Al respecto, debe recordarse que la Autoridad de Aplicación tuvo que volver a analizar esta operación luego de que la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico (Sala A)<sup>91</sup> anulara la Resolución SCI N° 483/09 que, haciendo suyo el Dictamen CNDC N° 744/09, había dispuesto subordinar la operación a la desinversión de los activos de Telecom Italia S.p.A. en Argentina cuando esta sociedad no había tenido intervención en el procedimiento ni había sido parte en la transacción.

La medida impuesta en virtud de este primer Dictamen CNDC N° 744/09 fue desproporcionada, careció del suficiente fundamento técnico y se apartó de la práctica internacional y de la propia CNDC en la materia. Entre los fundamentos de esta conclusión se encuentra el hecho de que el Dictamen CNDC N° 744/09 no ponderó adecuadamente las limitaciones que la regulación sectorial impone sobre la conducta de las empresas, y propuso una intervención costosa y asimétrica, con consecuencias negativas sobre la eficiencia económica. Asimismo, analizó la operación como si se produjera una total consolidación entre Telecom Argentina S.A. y las empresas en Argentina de Telefónica S.A. Esto es, la CNDC analizó la operación como si Telecom Argentina S.A. y Telefónica S.A. efectivamente se hubieran fusionado.

En este sentido, existían variantes en términos de medidas para proteger la competencia en forma efectiva que, en su momento, la CNDC no consideró en su Dictamen N° 744/09 y sí lo hace, correctamente, en una nueva decisión, al subordinar la operación al cumplimiento de medidas de tipo conductual como las analizadas en esta sección.

---

89 “Pirelli & C S.P.A. y otro s/notificación art. 8 Ley 25156 (Conc. 741)”

[http://www.mecon.gov.ar/cndc/biblioteca/documentos/A2010\\_D835\\_Conc741.pdf](http://www.mecon.gov.ar/cndc/biblioteca/documentos/A2010_D835_Conc741.pdf)

90 Las sociedades adquirentes fueron, además de Telefonica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A, Intesa Sanpaolo S.p.A, Sintonia S.A. y Mediobanca S.p.A.

91 “Incidente de Apelación de Telefónica S.A. y otros c/ Resolución SCI N° 483/09 en Autos principales “Pirelli & C. S.p.A y otros s/ notificación art. 8 ley 25156”- Fallo del 1/2/2010 con disidencia del Dr. Bonzón.

92 Ver párrafos 2553/2584 de la Res. CNDC N° 835/10.

---

En efecto, en su segundo dictamen (Dictamen N° 835/10) la CNDC, en lugar de ordenar una desinversión de activos de Telecom Italia S.p.A., estableció disposiciones de gobierno corporativo que limitan la influencia de Telefónica S.A. en la política comercial de Telecom Argentina S.A. y el acceso mutuo a información comercialmente sensible y, al mismo tiempo, dispuso la obligación de mantener informada a la Autoridad de Aplicación de la Ley 25156 para que ésta pueda llevar a cabo el contralor del cumplimiento del compromiso asumido<sup>92</sup>.

El criterio adoptado es compatible con la actualización de los lineamientos para el análisis de las fusiones horizontales establecidos por el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América<sup>93</sup>, en lo referente a casos de adquisición de posiciones minoritarias<sup>94</sup>.

Al mismo tiempo, el enfoque propuesto resulta consistente con el criterio adoptado en Brasil para la misma operación, en donde tanto el regulador sectorial (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL)<sup>95</sup> como la autoridad de defensa de la competencia (Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE)<sup>96</sup> requirieron la modificación de los contratos societarios para incorporar pautas que impiden a Telefónica y sus representantes intervenir en las decisiones de Telecom Italia concernientes al mercado brasilero de telecomunicaciones, limitación de las operaciones entre las subsidiarias de ambos grupos en Brasil, así como mecanismos de remisión de información a ANATEL y a CADE. La aprobación de la operación por parte del CADE quedó sujeta a la suscripción de un compromiso de las partes respecto de tales requerimientos<sup>97</sup>.

---

93 Este documento ha sido preparado por el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission. Puede consultarse en [www.ftc.gov](http://www.ftc.gov)

94 Horizontal Merger Guidelines, op.cit., sección 13, páginas 33 y 34.

95 Agência Nacional de Telecomunicações – Brasil - Ato No 68.276, de 31 de outubro de 2007.

96 Boletim da 465ª Sessão Ordinária do Cade, 28 de Abril de 2010 ([www.cade.gov.br/Default.aspx?b5889662b-369bf43d765ff53e1](http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b5889662b-369bf43d765ff53e1)) ; Voto do Conselheiro Relator, Carlos Ragazzo, ATO DE CONCENTRAÇÃO n° 53500.012487/2007.

97 TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO Ato de Concentração n° 53500.012487/2007.

---

## 13. Referencias

- Agência Nacional de Telecomunicações – Brasil - Ato No 68.276, de 31 de outubro de 2007.
- Boletim da 465ª Sessão Ordinária do Cade, 28 de Abril de 2010; Voto do Conselheiro Relator, Carlos Ragazzo, ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 53500.012487/2007.
- Buigues, P., & Rey, P., (2002). *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications Perspectives for the New European Regulatory*. Institut d'Economie Industrielle, Université des Sciences Sociales.
- Comisión Europea. (2002). *Electronic Communications Framework Directive (2002/21/EC)*.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2004). Dictámen N° 411 del 15 de diciembre de 2004.
- Commission Recommendation of 17 December 2007 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (notified under document number C(2007) 5406).
- COPROCOM (2014). *Guía para el análisis económico de concentraciones económicas*.
- Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings
- Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). Official Journal L 24, 29.01.2004, p. 1-22
- European Commission. (1997). *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition*. Official Journal C 372 , 09/12/1997 P. 0005 - 0013.
- European Commission. (2004). *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Official Journal 5.2.2004.
- European Commission. (2008). *Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*. OJ 267/1.
- Expediente N° S01:0014652/2009 (Conc. 741) caratulado: “PIRELLI & C S.P.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25156 (CONC. 741)”.
- Farrell, J. & Shapiro, C. (2010). *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*.
- Federal Communications Commission. *Applications of AT&T Wireless Services, Inc. and Cingular Wireless Corporation for Consent to Transfer Control of Licenses and Authorizations* (WT Docket No. 04-70);
- Federal Communications Commission. *Applications of Cellco Partnership d/b/a Verizon Wireless and Atlantis Holdings LLC for Consent to Transfer Control of Licenses, Authorizations, and Spectrum Manager and De Facto Transfer Leasing Arrangements* (WT Docket No. 08-95)
-

- 
- Federal Communications Commission. *Applications of Subsidiaries of T-Mobile USA, Inc. and Subsidiaries of Cingular Wireless Corporation for Consent to Assignment and Long-Term De Facto Lease of Licenses* (WT Docket No. 04-254)
- Federal Communications Commission. *Applications of Triton PCS License Company, LLC, AT&T Wireless PCS, LLC, and Lafayette Communications Company, LLC for Consent to Assignment of Licenses* (WT Docket No. 04-323).
- Furchtgott-Roth, H., & Li, J., (2013). *Defining Relevant Markets for Mergers and Acquisitions Involving Communications Services*. SSRN.
- Gerpot ,T. J., Rams,W., & Schindler, A. (2001). *Customer retention, loyalty, and satisfaction in the German mobile celular telecommunications market*. Telecommunications Policy, 25, 249-269.
- Gual, J., (2002). *Regulation and the development of electronic communications in Europe*, info, Vol. 4 Iss: 3, pp.42 – 49.
- Harbord, D., & Pagnozzi, M., (2008). *'On-net/O-Net Price Discrimination and 'Bill-and-Keep' vs. 'Cost-Based' Regulation of Mobile Termination Rates'*. MPRA Paper No. 14540, posted 9.
- Hildebrand, D. (2002). *EE&MC Comments on the Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89*.
- Hovenkamp, H. (1985). *Economics and Federal Antitrust Law*. : West Publishing Cc. St. Paul, MN: West Publishing Co.
- ICN- Merger Remedies Review Project- 2005
- Incidente de Apelación de Telefónica S.A. y otros c/ Resolución SCI N° 483/09 en Autos principales "Pirelli &C. S.p.A y otros s/ notificación art. 8 ley 25.156"- Fallo del 1/2/2010 con disidencia del Dr. Bonzón.
- Ivaldi, M., Jullien B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J. (2003), *Final Report for DG Competition, European Commission*. IDEI, Toulouse.
- Laffont, J.-J., Rey, P., & Tirole, J., (1998) *Network Competition II: Price Discrimination*, RAND Journal of Economics, 29(1), 38-56.
- Mostly Mobile (2009), *Oftcom's mobile sector assessment*, Second consultation July 2009.
- New Zealand Commerce Commission. (2004). *Mergers and Acquisitions Guidelines*.
- OECD. (2001). *Competition and Regulation Issues in Telecommunicatioss*. Policy Roundtables.
- OSIPTEL, Gerencia de Relaciones Empresariales. (2006). *Informe sobre el Impacto de la Transferencia de Concesiones entre Millicom del Perú y Nextel del Perú*.
- Petrecolla, D y Graf, C. (2012). *Las ganancias de eficiencia productiva en el control de concentraciones económicas*. Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia. LEGIS-FIDAS. Año 3-Nro.1.

- 
- Petrecolla, D y Graf, C. (2011). *Medidas para restablecer la competencia en el análisis de concentraciones*. Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa. La Ley. Año II, Nro. 2, abril.
- Petrecolla, D., & Romero, C., (2008). *El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia*. De "Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno", Tomo II. Ana Piaggi, editora. AbeledoPerrot.
- Petrecolla, D. (2004). *Manual para investigar conductas anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay.
- Porter, Michael (1985) *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*. Free Press, New York, 1985.
- Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [notificada con el número C(2003) 497].
- República Argentina, Res. CNDC N° 835/10.
- Resolución del Consejo de la SUTEL RCS-200-2012.
- Resolución del Consejo de la SUTEL RCS-245-2012.
- Resolución del Consejo de la SUTEL RCS-353-2012.
- Sullivan, T., & Harrison, J. (1998). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* (3 ed.). New York: Mathew Bender.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución SIC 2489-07
- Termo de compromisso de desempenho. Ato de Concentração n° 53500.012487/2007.
- U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission. (2009). *Merger Assessment Guidelines. Consultation Document*. OFT 1078, Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña, Office of Fair Trading (OFT) & Competition Commission (CC).
- U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission. (2006). *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*.
- U.S. Department of Justice; U.S. Federal Trade Commission. (2010). *Horizontal Merger Guidelines. For Public Comment*.
- Werden, G. J. (2002, junio 4). *The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm*. U.S. Department of Justice.
- Vogelsang, I., (2010). *Incentive Regulation, Investments and Technological Change*. CESifo Working Paper Series 2964, CESifo Group Munich.
-