

EN ESTA EDICIÓN:

NOTICIAS

a) Investigación preliminar en el mercado de frijoles.

b) Investigación preliminar en el mercado de papel.

PRIMER MÓDULO:

CURSO SOBRE ASPECTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

JURISPRUDENCIA

Opinión sobre el Proyecto de Ley No. 15213, "Reforma del Artículo 57 de la Ley de Creación de la Corporación Arrocera Nacional No. 8285."

ARTÍCULO DE OPINIÓN

Garantías de Competencia contenidas en el artículo 46 de la Constitución Política Regulación para su eficacia

NOTICIAS:

a) Investigación preliminar en el mercado de frijoles.

La Comisión para Promover la Competencia en el artículo cuarto de la Sección N. 26 – 2004, acordó aprobar la propuesta de iniciar una investigación sobre el mercado de frijoles. Dicho estudio posee el objetivo de monitorear el grado de competencia así como evaluar el comportamiento de los participantes de este mercado, con el fin de valorar si existen posibles prácticas anticompetitivas, contrarias a la Ley N.7472.

b) Investigación preliminar en el mercado de papel.

La Comisión para Promover la Competencia en el artículo cuarto de la Sección N. 28 – 2004, acordó aprobar la propuesta de iniciar una investigación sobre el mercado de los productos de papel. El fin de esta investigación es evaluar el grado de competencia, así como, el comportamiento de los participantes, analizando cualquier conducta contraria a la Ley N.7472.

PRIMER MÓDULO

CURSO BÁSICO SOBRE COMPETENCIA

Por Licda. Laura Murillo

Generalidades sobre el origen de las normas de competencia en Costa Rica

La tendencia mundial hacia la apertura económica y la desaparición del Estado proteccionista, ha hecho que los países en desarrollo se preocupen por contar con instrumentos jurídicos que tutelen de manera adecuada, tanto a los agentes económicos que participan en el mercado ofreciendo bienes y servicios, como a los consumidores finales de los mismos; siendo el Derecho de Competencia y la Protección Efectiva del Consumidor, herramientas clave en dicho proceso.

Nuestro país no ha sido la excepción a las tendencias actuales de globalización y modernización del Estado; y al igual que el resto de los países de América Latina, Costa Rica en los años ochenta se caracterizó por tener un Estado interventor, promotor, distribuidor de rentas y productor; en contraste con el papel de regulador, razón por la cual, fue necesario introducir reformas a la estructura del mismo.

El desarrollo de una economía de mercado y el establecimiento de los principios de libre competencia son objetivos primordiales en dicha

Comisión considera que debería eliminarse el artículo 57 de la Ley No. 8285, Ley de Creación de la Corporación Arrocera Nacional vigente, y asimismo, se opone a la propuesta de reforma, ya que podría ser contraria a la libre competencia, debido a que sería tendiente a la regulación de precios en la compra de arroz en el mercado nacional, así como las cantidades de arroz comprado, produciendo como posible efecto, que los agentes económicos se comporten como un monopolio.

En otras palabras, se podría manipular la oferta del producto y eliminar así la competencia en el mercado, ya que en un mercado libre y competitivo los precios y las cantidades de producto producidas y comercializadas deben ser fijadas de conformidad con el libre juego de la oferta y la demanda.

Esta Comisión se ha manifestado en forma reiterada en el pasado, en contra de las distintas iniciativas de Creación de la Corporación Arrocera Nacional, por considerar que no era conveniente que se otorgara por ley a un órgano integrado por agentes competidores entre sí, facultades que podrían llegar a constituir prácticas monopolísticas contrarias a la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. En esta ocasión, nuevamente nos manifestamos en contra del proyecto de Ley que pretende reformar la Ley No. 8285, por cuanto mantiene distorsiones al proceso de competencia en el mercado arrocero. Además, el proyecto manifiesta indicios de regular esta actividad económica mediante acuerdos y regulaciones contrarias a los intereses del consumidor y a la legislación vigente en materia de competencia.

En ese sentido, se reitera que los cambios que requiere el mercado del arroz, en beneficio del consumidor y de la competencia y libre concurrencia, tienen que ver fundamentalmente con la reducción de aranceles en el mercado arrocero para que sean las fuerzas de oferta y demanda las que regulen los precios y las cantidades ofrecidas y demandadas, beneficiando a los consumidores, y la transparencia y eficiencia del mercado, para que los agentes económicos compitan en igualdad de condiciones.

Respecto, al programa de desembolsos debe indicarse que la reforma no garantiza que la

asignación o distribución de los recursos se realice en forma equitativa, pese a que sea contra factura de venta, en tanto no se señala ni el procedimiento a seguir, ni la forma de cálculo para realizar la repartición de los fondos. Es decir, la repartición de los recursos podría realizarse de manera discriminatoria entre los agentes económicos que participan en el mercado.

Por los aspectos anteriores, es que se considera que la mejor forma de proteger el mercado arrocero y a los consumidores es brindando la oportunidad de que dicho sector cuente con producto a niveles bajos o nulos de protección de manera permanente, que permita claridad y certidumbre a los agentes económicos en el desarrollo y planeamiento de sus actividades. Lo que indudablemente se convertirá en más y mejores opciones de consumo para los consumidores en el mercado.”

(*) Con base en el informe realizado por la Licdas. Marietta Arias y Zindy Loria, funcionarias de la UTA del área económica y legal, respectivamente.

ARTÍCULO

Garantías de Competencia contenidas en el artículo 46 de la Constitución Política Regulación para su eficacia

Dra. María Lourdes Echandi Gurdian⁷

En el artículo 46 constitucional, además de la tradicional libertad de empresa, se reconoce y declara una serie de garantías fundamentales. Interesa examinar, en esta ocasión, tan sólo las relativas a la libre competencia. Se trata del derecho a competir del empresario y del derecho a beneficiarse de la competencia del consumidor y del usuario. La norma, por su contenido y efectos, permite derivar por vía de interpretación, como parámetro de constitucionalidad, el Principio de

⁷ Posee un Doctorado Académico en Derecho, del Programa Latinoamericano en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología en convenio con la Universidad Complutense de Madrid. Además, es doctoranda del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de esta última universidad.

Competencia⁸. Ante esa circunstancia, cabe cuestionarse si el Estado ha promulgado la normativa necesaria para garantizar la eficacia de dichas garantías.

Dos son las alternativas que se plantean: desregular o bien regular. Sin embargo: ¿Hasta dónde desregular o regular? Lo cierto es que tanto la regulación⁹ como la desregulación¹⁰, según demuestra la experiencia, tienen límites.

Cabe proponer, por ello, las líneas generales sobre las cuales podría plantearse un modelo de regulación de la economía, cuyo objeto sea promover la competencia, de modo que no se excedan los límites antes aludidos y se encuentre un justo medio. Eso podría lograrse mediante la combinación de dos estrategias de regulación: 1) una basada en el fomento y la promoción de la competencia, y 2) una subsidiaria, sustentada en la corrección y represión de las prácticas anticompetitivas. De esta forma, en la dinámica de la puesta en acción de tales estrategias, el acento deberá estar en el recurso a una intervención administrativa más horizontal e indirecta –medidas de fomento y persuasión-, relegando a un segundo plano, la intervención más invasiva, vertical y directa – sanción y sustitución-.

Se busca de esa forma, el énfasis en un modelo de derecho “indirecto”¹¹ unido a una muy activa política de promoción de la competencia, de modo que sólo en caso de ineficacia de esos mecanismos, se acudiría, con firmeza, al derecho directo. Se afirma, en ese sentido, que “*el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el*

aparato represivo oficial es activo y honesto.”¹² Se pretende orientar al Derecho hacia “*estructuras de intereses de sus destinatarios de modo tal que, por regla general, alcance observancia “voluntaria” por razones utilitaristas –incluidas las de índole económica-*.”¹³ En concreto, en el campo que aquí interesa, se ha establecido que “*la promoción de la competencia depende del arte de la persuasión, aunque también...en ocasiones es necesario “hablar con palabras suaves portando un garrote”, en el sentido de que cualquier actividad de promoción de la competencia debiera disfrutar del apoyo de posibles acciones por parte de las autoridades.*”¹⁴

Definidos así los términos de la regulación, corresponderá al Derecho Administrativo establecer las normas de organización –centros de acción o autoridades de competencia-, procedimiento –formas- y competencia –colección de potestades- requeridas para la operatividad del sistema, cuyo norte deberá ser la eficacia de las tres garantías fundamentales aludidas.

Tomando como base tales ideas, parece oportuno suministrar a la autoridad de competencia, sea de competencia sectorial –en determinado servicio público- o general, al menos, los siguientes instrumentos:

A.-Normas de organización.

- La autoridad a cargo de la regulación, deberá tener el carácter de autoridad administrativa independiente, de modo que cuente con un alto grado de autonomía respecto del poder económico y del político. Debe tratarse de un órgano técnico y con una amplia legitimidad democrática. La Comisión, parece lo recomendable, debe pasar a ser un órgano especializado adscrito a la Asamblea

⁸ Véase para más detalle el artículo de la autora “*Libre Competencia, Libertad de Empresa y Derechos Económicos del Consumidor*” en *Ordenamiento Jurídico y Libertades Económicas*, San José Costa Rica, Academia de Centroamérica, 2004, pp. 103-271.

⁹ Véase en ese sentido el denominado «trilema regulatorio», en: TEUBNER Gunther, *Droit et réflexivité, L’auto-référence en droit et dans l’organisation*, Paris, Bruylant. L.G.D.J., 1996, p.76.

¹⁰ Véase en ese sentido el problema de optar por la desregulación como único mecanismo para fomentar la competencia, en: *ibidem*, p.88.

¹¹ Véase *ibidem*, p.89.

¹² NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994, p. 30.

¹³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *La reforma del Derecho administrativo*, traducción Jaime Nicolás Muñoz, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, *Revista Documentación Administrativa*, No. 234, abril-junio 1993, *El Derecho Administrativo en Alemania: Tendencias Actuales* (1), p. 42.

¹⁴ OCDE - BANCO MUNDIAL, *La Política de Competencia en la Economía Global: Una Perspectiva Latinoamericana*, Paris, OCDE Publicaciones, 1997, p. 47.

Legislativa, en condiciones similares a las de la Contraloría General de la República.

- Debe procurarse una clara separación de funciones de los órganos de investigación y resolución, tal y como sucede en el modelo brasileño y español, por ejemplo, en que existe una clara distribución de competencias entre el órgano instructor –investiga- y el resolutor –resuelve-. Es inconveniente que el órgano que investiga –Unidad Técnica- proponga al que resuelve, –la Comisión- los términos de su decisión. Conviene por ello, separar, orgánicamente, las citadas funciones de investigación y resolución.
- Debe propiciarse la especialidad y dedicación exclusiva de los miembros de ambos órganos, quienes deberán ser elegidos por la Asamblea Legislativa, bajo estrictos criterios de idoneidad. Esto proporcionaría al órgano, independencia política, económica y legitimidad democrática.

B.- Normas de procedimiento

Interesa, también, modernizar las normas de procedimiento que actualmente rigen en la materia. Para ello, resulta de interés introducir:

- Procedimiento de clemencia. Se trata de un mecanismo que ha dado buenos resultados en los Estados Unidos, la Unión Europea y que se ha introducido en Brasil y Francia recientemente. En vista de la dificultad de probar las “*ententes*” por los términos de sigilo y clandestinidad que les caracteriza, se habilita a la autoridad antitrust para beneficiar a quien, siendo parte del acuerdo, aporte pruebas determinantes para sancionar y ordenar su cesación. Este procedimiento permite por ello, reducir sensiblemente y hasta a exonerar del todo al informante.
- Procedimiento sancionatorio bifásico. Dado que el procedimiento sirve también para distribuir competencias, la propuesta de separación de funciones antes señalada, obliga a estructurar el procedimiento en dos fases claramente definidas: la instructiva y la resolutoria, a cargo de dos distintos órganos, sin relación jerárquica entre sí y con una marcada especialidad e independencia funcional.

C.- Normas de competencia

Finalmente, es preciso, en beneficio de la eficacia de las citadas garantías:

- Fortalecer los poderes de los órganos de investigación y sanción: el control indirecto a que se hizo referencia, empieza por el refuerzo de los poderes de las autoridades de competencia y la agravación de las penas pecuniarias que puede infligirse al infractor. El riesgo de sanción y su efectiva posibilidad, incentiva la sujeción del agente económico a la regulación de libre competencia.
- Ampliar el ámbito de la regulación. La Ley 7472 desaplica sus disposiciones, a los monopolios y servicios públicos. Se sabe que cualquier monopolio, sea público o privado, tiende a abusar de su poder, lo cual aconseja su regulación para su efectivo control. En el caso de los servicios públicos, deberá evaluarse, sectorialmente, en cuáles existe posibilidad de introducir competencia y establecer su régimen jurídico, para promoverla, vigilarla y controlarla.
- Establecer la posibilidad de alcanzar acuerdos con garantía de homologación. El Derecho Comparado ha venido a dar espacio a formas de actuación administrativa más indirectas y horizontales que las tradicionales, las cuales han sido de tipo unilateral y vertical. Se admite en varios países, aún en modelos como el francés, la terminación del procedimiento sancionador, mediante “*engagements*”, “*agreements*”, “*consent decrees*”, “*compromiso de cessação*” o “*decisiones consensuales*”, sujetos a homologación. Más que aplicar un derecho de tipo directo con las duras sanciones pecuniarias interesa que, por medio de su amenaza, se modifiquen las conductas anticompetitivas con un derecho de tipo indirecto, menos vertical.
- Habilitar, claramente, a la autoridad de competencia, a adoptar órdenes de hacer y no hacer –“*injonctions*”- que permitan restablecer la competencia. La sanción pecuniaria, en los modelos comparados, es accesoria de las órdenes que se adoptan en el acto final. Es preciso tomar conciencia de

tal circunstancia, para permitir un eficaz derecho de la competencia.

- Establecer un mínimo exento, definido cuantitativamente. El Derecho Comparado racionaliza el ejercicio de la potestad sancionadora y de investigación, mediante la introducción de un filtro cuantitativo que descarta la atención de asuntos de menor cuantía. La legislación vigente carece de esa regulación, y si bien el mismo resultado podría ser alcanzado mediante la aplicación del principio de atipicidad por insignificancia, ese no ha sido ese el caso, lo que hace de interés incorporar tal mecanismo, en procura de un más eficiente ejercicio de la actividad rectora de la competencia.

**“LA COMPETENCIA BENEFICIA AL
CONSUMIDOR”**

Las ideas expresadas son responsabilidad de los autores y en algunos casos, no necesariamente corresponden a la posición de la COPROCOM.

Consejo Editorial de Competencia

Isaura Guillén M.
Marietta Arias R.

Colaboraron

Dra. María Lourdes Echandi
Licda. Laura Murillo

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

Edificio del IFAM, Urbanización los Colegios.
Moravia.

Apartado Postal 10216-1000.
San José, Costa Rica

Teléfonos 235-82-22 ó 235-27-00

Tel/fax: (506) 236-75-24

Web:

<http://www.meic.go.cr/esp/promocion/index.html>

E-mail: coprocom@meic.go.cr

**En la mayor disposición de servirles
Esperamos recibir sus comentarios, artículos
de opinión y sugerencias**