



Manual para Investigación de Practicas Colusorias en Costa Rica



MANUAL PARA INVESTIGACIÓN DE PRACTICAS COLUSORIAS. COSTA RICA

El presente documento tiene por finalidad el desarrollo de una guía práctica de investigación de conductas restrictivas de la competencia, en particular de prácticas colusoria, de manera de facilitar y obtener procesos más eficientes de investigación tanto de oficio como por denuncia encaminados por la Comisión para Promover la Competencia de Costa Rica.

Con la finalidad de cubrir los diversos objetivos tanto generales como específicos requeridos hemos acordado dividir el trabajo de la siguiente manera:

- I. Introducción
- II. Las prácticas colusorias
- III. Medios probatorios en el marco de la legislación de competencia en Costarricense.
- IV. La actividad probatoria

En los próximos capítulos nos encontraremos con información que seguramente conocemos y actividades que posiblemente realizamos o consideramos que debemos realizar pero que requieren de cierto orden para obtener la contundencia esperada con base en las limitaciones en cuanto a tiempo, recursos, personal y potestades de investigación.

Índice

INTRODUCCIÓN	3
II. LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS.....	5
III. MEDIOS PROBATORIOS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN COSTARRICENSE.	13
IV. LA ACTIVIDAD PROBATORIA	18

INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de cubrir los objetivos generales y específicos señalados para el presente trabajo, hemos considerado pertinente que el manual o guía de investigación presente debe tener la intención de ser un instrumento de trabajo útil, de fácil comprensión, dinámico y efectivo que pueda ser adaptado a cualquier tipo de caso en el cual se investiguen conductas colusorias en cualquier mercado, inclusive en aquellos en los cuales aún no imaginamos posible que ocurra un acuerdo restrictivo de la libre competencia.

Efectivamente con el paso de los años los mercados al mismo tiempo que se modernizan en las tecnologías y los procedimientos de producción, y utilizan las herramientas existentes para innovar en los procesos de comercialización, mercadeo y ventas de sus productos, igualmente perfeccionan los mecanismos mediante los cuales se materializa su voluntad de no competir, incurriendo en acuerdos restrictivos de la competencia, en el peor de los casos del tipo de acuerdos o carteles duros, extensamente conocidos en la literatura internacional.

En economías pequeñas aún en desarrollo, en los cuales la cultura de competencia aún se encuentra en su génesis y en los que lo común es enfrentarse a altas concentraciones de mercado, con pocos oferentes o demandantes que además se encuentran en diversos mercados a la vez, tanto horizontal como verticalmente, la realidad no es diferente al resto del mundo.

A lo largo de la historia de las agencias de competencia de Latinoamérica, para nombrar a los vecinos más cercanos de Costa Rica, encontramos entonces que en los primeros años los casos de acuerdos entre competidores o carteles eran obvios y simples de resolver, en muchos casos por la misma ignorancia de las legislaciones de competencia que hacían que estos acuerdos fuesen a la luz pública, sin mayores ocultamientos y además perdurables en el tiempo. Por ello para agencias como COPROCOM en Costa Rica, INDECOPI en Perú,

PROCOMPETENCIA en Venezuela, el asunto era estudiar la industria y encontrar el caso pues la prueba venia por sí sola.

Ahora bien, hoy en día y como resultado de las entrevistas con los funcionarios de la UTA de la COPROCOM el mercado al igual que en el resto de los países se ha ido sofisticando al punto que es necesario reevaluar la forma como se han llevado a cabo los procedimientos para aprender de ellos e innovar en los nuevos procedimientos que están por venir.

Es por ello que este documento lo que pretende es dar a los funcionarios, con base en la experiencia internacional y las particularidades de Costa Rica una guía básica de cómo ser más precisos pero no más evidentes en la investigación de los acuerdos que a pesar de la innovación de los mercados, la competencia y la especialización para la producción comercialización y ventas, siempre estará presente; de igual manera como están presentes los asesinatos o violaciones a pesar de que la genética y el ADN han hecho posible descubrir o encarcelar sospechosos que años o décadas atrás era imposible imaginar.

II. LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS¹

A. ¿Qué es un acuerdo horizontal?

Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre competidores para coordinar sus actividades y maximizar beneficios. Los beneficios de un monopolista son mayores que los beneficios de competidores perfectos, es por ello que se generan los incentivos necesarios para que las empresas actúen como único oferente.

Existen diversos tipos de acuerdos horizontales, los cuales se diferencian en la forma en que se materializan. Sin embargo, en todos se encuentra presente la bilateralidad o multilateralidad de la conducta, es decir el intercambio de consentimientos. Las prácticas horizontales pueden producirse en forma de: acuerdo, prácticas concertadas y recomendaciones colectivas.

1. Los acuerdos se producen cuando existe intercambio entre las partes. Este intercambio puede ser como los contratos (escritos o de palabra) o puede ser tácito (dar por entendida la conducta a seguir). Si en el acuerdo no existe intercambio se estará en presencia de dos conductas unilaterales, pero jamás de un acuerdo, por lo que sus efectos serán irrelevantes a los efectos de las normas de libre competencia.
2. Cuando los acuerdos son tácitos, la práctica horizontal se conoce como Prácticas Concertadas, las cuales consisten en una cooperación informal entre oferentes, caracterizada por no contar con ninguna decisión formal o material que le preceda, pero que sin embargo afecta significativamente la competencia. Esta disciplina posee un comportamiento voluntario consentido por una empresa frente al comportamiento de otra u otras, es una coordinación de acciones estratégicas comerciales.
3. Por último, las recomendaciones colectivas, se refieren a aquellas prácticas horizontales, en las que existe intercambio de voluntades, dentro del seno de una agrupación empresarial o profesional. Esto hace que la

¹ Tomado de ARTIGAS, Zulmary y NAVARRO Efrén. Acuerdos Horizontales. www.procompetencia.gov.ve/publicaciones

responsabilidad caiga sobre el ente que dicta la decisión. Cuando existe carácter vinculante (obligatoria ejecución de la acción, para todos los miembros de la agrupación) las recomendaciones colectivas reciben el nombre de decisiones colectivas.

Ahora bien, no todos los acuerdos, convenios, prácticas etc., entre las empresas que compiten en un mercado, afectan negativamente a la competencia. Algunos acuerdos horizontales, también tienen efectos favorables para los consumidores. Por ejemplo, las empresas pueden realizar acuerdos para desarrollar conjuntamente nuevas técnicas de producción. Estos acuerdos tienen por objeto evitar la dualidad de inversiones, por lo que reducen los costos de investigación y desarrollo de cada empresa. Sin embargo, es cierto también que todo acuerdo, eficiente o no, facilita la comunicación entre las empresas que lo forman, de manera que se establecen las condiciones para que se reduzca la competencia.

Algunos autores ² hacen la distinción entre el término práctica (horizontal) y cartel. Las practicas horizontales se refieren a cualquier acuerdo, práctica concertada y recomendación colectiva entre competidores, mientras que los carteles son únicamente los acuerdos entre competidores que restringen la competencia y, por tanto, perjudican a los consumidores. Desafortunadamente, la línea divisoria entre estas dos categorías no es muy clara, pues es común que los acuerdos generen resultados eficientes y anticompetitivos simultáneamente, y es por ello que la aplicación de la política antimonopolio requiere de un detallado análisis de los efectos de estos contratos.

Aunque los carteles tienen un efecto negativo sobre los consumidores, es necesario señalar que el mismo principio que promueve su formación, la búsqueda de mayores beneficios, hace que estos acuerdos sean vulnerables. Una vez que todas las firmas de un mercado han acordado incrementar el precio, cada una de ellas tiene incentivos para romperlo.

Por lo tanto, para que un cartel efectivamente tenga alguna influencia en el precio o las cantidades de mercado es indispensable que las firmas que lo componen estén en capacidad de detectar alguna violación del acuerdo. Si

² **CONRATH**, C. Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition. U.S. Justice Department, 1995.

esto no es posible, el cartel fracasará, el perjuicio sobre los consumidores será transitorio, y la aplicación de política antimonopolio será innecesaria.

B. Condiciones para que un cártel sea sostenible

La probabilidad de que un grupo de firmas de una misma industria acuerden coordinar sus actividades con éxito depende tanto de la *estructura del mercado*, como de la *estructura del acuerdo*. En virtud de este hecho, en el presente apartado se analizan las características fundamentales a considerar dentro de estos dos grandes items, antes mencionados.

Estructura del mercado:

1. Tener algún grado de *poder de mercado*, esto significa que el cartel pueda imponer un incremento de precios, cada vez que desee incrementar sus ganancias, ya que las empresas que conforman el mismo concentran la mayor participación de mercado. Es bien sabido que la posibilidad de ejercer poder de mercado depende en gran medida de la estructura de este. Así, es más probable que un acuerdo entre competidores pueda dar lugar a un incremento de precios en industrias concentradas o con altas barreras a la entrada.
2. *Mercados concentrados*, son aquellos donde existen pocos vendedores o las ventas se concentran en unos pocos vendedores. En estos mercados son mayores las posibilidades de que se realicen prácticas horizontales restrictivas, ya que es más fácil poner de acuerdo a pocos agentes. Es importante recalcar, que no existe consenso para determinar a partir de cual nivel de concentración, los mercados deben ser clasificados como “fuertes colusorios”, ya que cada determinación es particular, pues depende de cada mercado relevante y de la dinámica de competencia del mismo.
3. *Barreras a la entrada*, la existencia o ausencia de barreras a la entrada también afecta el potencial para la colusión. Aún en una industria concentrada, las empresas que forman un cartel pueden ser incapaces de incrementar los precios de manera sostenida. En caso de que no existan impedimentos para la entrada de nueva competencia, el incremento de precios producto de la colusión aumentaría los beneficios de la industria y,

por tanto, se crean incentivos para la entrada de nuevas empresas. La entrada de nuevas empresas incrementa la oferta y, por tanto, reduciría los precios, haciendo que la acción colusiva de las empresas del cartel no tenga efecto.

4. *Homogeneización del producto*, si los productos vendidos dentro del mercado son homogéneos, es decir sus características varían muy poco de un producto a otro, la posibilidad de producir una cartelización en los precios se incrementa. Además la homogeneización del producto, permite detectar el incumplimiento de alguno de los miembros del cartel, pues será más probable detectar que las disminuciones en el precio se deban a violaciones del acuerdo y no a desmejoras en la calidad del producto.
5. *Tamaño de la demanda*, si el mercado cartelizado produce un bien o servicio con escasos o nulos sustitutos, es muy probable que la disminución de la producción sea poca en comparación con el incremento de los precios. Sin embargo, si el tamaño de la demanda cae significativamente como consecuencia de la formación del cartel, este no podría mantenerse en el mercado.
6. *Poder de compra de los demandantes*, se supone que cuando se produce un cartel, al igual que en monopolio, los demandantes no tienen posibilidad de afectar las variables del mercado, es decir no son capaces de afectar los precios ni las cantidades producidas. Ahora bien si por el contrario, en el mercado los consumidores tienen poder de decisión y otros bienes y/o servicios sustitutos que escoger, obligaran al mercado a bajar los precios al cambiar su demanda a otro producto.
7. *Licitaciones*, en los procesos de licitaciones ocurren con frecuencia carteles, debido a que en dichos procesos existen pocas empresas competidoras que tienden a ser similares y cuya información en dicho mercado es de fácil acceso para los oferentes.
8. *Empresas similares*, este item se refiere a aquellos mercados donde las empresas tienen estructuras de costos, procesos de producción, metas, grado de inversión y/o número de productos similares, y en los cuales es más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo.

9. *Demanda inelástica*, en aquellos mercados donde la demanda es inelástica, existen mayores posibilidades de que ocurran acuerdos para restringir la competencia, debido a que cuando el cartel aumenta los precios, los consumidores tendrán pocas posibilidades de modificar su demanda hacia otros productos que le proporcionen la misma satisfacción y satisfagan de igual forma sus necesidades.

Estructura del acuerdo:

1. *Costos de la negociación*, el cartel debe ponerse de acuerdo en la variable en la cual se va a limitar la competencia. Este proceso no es fácil, por que cada empresa posee distintos incentivos. Por ejemplo, si se quiere establecer un cartel de precios, existirán empresas con bajos costos de producción que preferirán fijar un precio no muy alto y empresas con una estructura de costos de producción más elevada que preferirá que se establezca un precio elevado. Por otra parte, si el acuerdo involucra muchos bienes hay que estimar el precio a cobrar por cada uno de estos bienes, complicándose y haciéndose cada vez más costoso el proceso. Esto involucra la necesidad de elaborar mayor número de documentos y llamadas telefónicas en los que se discutan los términos del acuerdo.
2. *Costos de control*, por lo general estos acuerdos tienden a ser inestables, ya que cada individuo está en capacidad de producir y vender más de la cantidad que el cartel estableció para cada uno de ellos. Para que el cartel pueda mantenerse, es necesario asegurarse que ninguno de los miembros del cartel viole el acuerdo, es por ello, que los carteles toman medidas con la finalidad de evitar que miembros del cartel no cumplan el acuerdo que incluyen medidas preventivas, de detección y castigo. Buena parte de la existencia de un cartel puede ser obtenida de este tipo de acciones que realizan los carteles con la finalidad de evitar los incumplimientos del acuerdo.
3. *Incluir el mayor número de oferentes dentro del mercado*, si el cartel excluye a un número considerable de competidores, dicho cartel no funcionará, a menos que los competidores que queden por fuera no posean en conjunto una participación de mercado significativa, ya que las empresas con una alta participación de mercado que no forman parte del cartel pueden por

ejemplo, vender el producto a un precio inferior al precio del cartel, lo cual presionará a los miembros del cartel a reducir el precio (suponiendo que la variable fijada halla sido el precio).

4. *Penalizaciones*, para evitar que los miembros del cartel violen las condiciones establecidas dentro del mismo, el cartel establece una serie de penalizaciones, como por ejemplo, bajar el precio de los productos hasta que el que defraude el cartel se vea obligado a cerrar o quiebre, si el cartel es una repartición de mercado se comienza a producir o vender en la zona que le había sido otorgada al que viole el cartel, existen otras represiones atípicas como el cobro de cheques en blanco firmados por parte de cada uno de los participantes que han sido entregados como garantía de que no se viole el acuerdo, etc.

C. Tipos de acuerdos horizontales

Los carteles o acuerdos entre competidores pueden ser de muchos tipos, dependiendo de la variable de competencia que se quiera restringir. De esta manera, tenemos los carteles que fijan precio, que limitan la producción, entre otros. En esta sección veremos someramente los tipos de acuerdos que pueden producirse en el mercado, sin embargo debemos acotar que esta lista sería en todo caso enunciativa.

a) *Carteles que fijan precios y otras condiciones de comercialización*: El precio es una de las variables más importantes en el mercado. El precio es el vehículo a través del cual el productor se comunica con los demandantes o consumidores. Por ello, resulta normal que la mayoría de los carteles estén dirigidos a fijar precios. Dentro de las variantes de este tipo de cartel encontramos la forma como se fija el precio. Una de las formas como un cartel llega a un acuerdo es en la fijación directa en el precio a aplicar. Otra forma más elaborada, es la fijación indirecta del precio a cobrar. Esta fijación del precio puede ser a través de fórmulas, o fijación de porcentajes en el aumento de precios, etc.

Igualmente, los carteles pueden fijar otras variables para no competir como las condiciones de comercialización. Las empresas no sólo usan el precio de un

producto o servicio para negociar, también utilizan otras condiciones para atraer o mantener a sus clientes. Estas condiciones reflejan la posibilidad de negociar la forma de pago con sus clientes. Las condiciones de comercialización más comunes son días de crédito, porcentajes de descuento, porcentajes de descuento por pronto pago, y promociones.

b) *Carteles para repartirse el mercado*: Algunas empresas competidoras llegan a negociar carteles realmente sofisticados para mantener o repartirse la participación de mercado. En mercados con características oligopólicas suele darse este tipo de repartición del mercado. Para ello, se acuerdan hasta los productos que se van a lanzar al año, restricciones en la publicidad de los productos, y las respuestas que deberá tomar la empresa miembro del cartel para el caso de que el producto competidor obtenga una mayor participación de mercado de la estipulada en el acuerdo.

c) *Carteles para repartirse áreas territoriales*: Cuando las empresas competidoras se dividen el área territorial donde realizarán su actividad económica, buscan establecer monopolios geográficos para evitar la competencia. Sin embargo, para que la repartición de áreas territoriales sea efectiva debe traer consigo mecanismo que disciplinen de cierta manera la conducta de los demandantes del producto, a los fines de evitar que estos se dirijan a otra área para realizar sus compras. En estos casos, las empresas que conforman el cartel procuran no vender a compradores que se encuentran domiciliados fuera del área territorial correspondiente.

d) *Carteles para repartirse fuentes de aprovisionamiento*: Las fuentes de aprovisionamiento son también una variable de competencia. En efecto, asegurarse la materia prima necesaria para la elaboración del producto que se comercializa o del servicio que se presta garantiza la permanencia en el mercado. En mercados donde la demanda es oligopsónica es factible que las empresas que formen un cartel se dividan las fuentes de aprovisionamiento cuando estos productores carezcan de poder de mercado.

e) *Carteles para limitar la producción*: Es una forma artificial de que los precios de los productos o servicios aumenten a través de la limitación a la producción. La práctica colusiva responde a la ley de la oferta y la demanda, de manera

que se procura limitar y disminuir la oferta para que el producto o servicio se encarezca y el precio aumente.

f) *Carteles para limitar la distribución*: La distribución es la actividad económica que busca trasladar un producto o servicio desde los productores a los demandantes y/o consumidores. Los carteles que limitan la distribución pretende un aumento artificial del precio del producto o servicio, de igual manera que los carteles que limitan la producción. Su intención es crear una escasez que provoque un incremento de precio. Por lo general, los carteles que limitan la distribución previamente han limitado la producción.

g) *Carteles que atan la venta de un producto a otro*: Esta práctica colusiva busca el ingreso y posicionamiento de un producto en el mercado mediante la venta atada de otro sobre el cual el cartel tiene poder de mercado.

h) *Carteles para fijar condiciones de servicio*: Algunos acuerdos entre competidores buscan una homogeneización en el producto o servicio prestado. Por ello, estas empresas fijan condiciones idénticas para la prestación de un servicio. Con esta práctica las empresas se aseguran que no habrá diferenciación entre los servicios prestados por lo cual será indiferente para el consumidor cual servicio adquirir. En la mayoría de los casos los acuerdos para fijar precio llevan consigo una estandarización anticompetitiva en la prestación del servicio.

i) *Otros carteles*: Muchas son las variables en las que puedan coludir las empresas para evitar la competencia. Adicionalmente a los carteles mencionados encontramos aquellos que limitan el desarrollo técnico o tecnológico de inversiones, aplican condiciones discriminatorias, entre otros. Ejemplo de ello, lo constituyen las licitaciones.

La conceptualización anterior encaja perfectamente en la prohibición contenida en el artículo 11 de la Ley N° 7472 de manera que para quienes investiguen una conducta el inicio de la misma debe estar claramente orientado con base en el tipo de acuerdo que se presume existe y la verificación de las características que favorecen a la existencia de dicho acuerdo.

III. MEDIOS PROBATORIOS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN COSTARRICENSE.

A. De las facultades investigativas y las normas que lo contemplan.

Las potestades investigativas de la Comisión para Promover la Competencia, devienen del carácter de orden público de la materia que persigue y de la naturaleza administrativa del procedimiento que se adelanta para la sanción de los monopolios y actos contrarios a la libre competencia.

El presente capítulo está orientado a **identificar** una serie de normas que facultan a la Administración Pública a perseguir estas conductas utilizando para ello sus más amplias potestades investigativas, tomando como vértice la Constitución de la República en virtud del carácter de orden público, como se indicó.

1. De la Constitución Política de la República de Costa Rica.

El TÍTULO IV de la Constitución Política relativo a los DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES prohíbe los monopolios, dando así origen a una legislación que persigue el libre juego de la oferta y la demanda y asegurar la entrada y permanencia en el mercado de una manera lícita y leal.

En efecto, dispone el artículo 46 lo siguiente:

ARTÍCULO 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

En el marco del anterior mandato, es dictada la Ley N° 7472 contentiva de la “Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor”, de fecha 20 diciembre de 1994, la cual contempla la creación de la Comisión para Promover la Competencia, dotándola de facultades para hacer efectiva la “acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora”.

2. Ley N° 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Como se indicó anteriormente con el fin de proteger los derechos e intereses del consumidor y la tutela y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia.

Para ello, la referida Ley contempla la creación de una serie de instancias u órganos con competencias específicas, siendo de interés para el presente caso la constitución de la Comisión para Promover la Competencia (artículo 21), como órgano de máxima desconcentración adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Conoce de oficio o por denuncia, de aquellas prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia.

Para ello, puede investigar la existencia de monopolios, carteles, prácticas o concentraciones prohibidas en la Ley, pudiendo requerir de los particulares y otros agentes económicos, aquella información y documentación que sea necesaria para la verificación de los hechos y dictar la sanción cuando sea procedente (artículo 27).

Así, se despliega un procedimiento administrativo en donde la Administración goza de amplios poderes investigativos en virtud de que es materia de orden público, y con miras a cumplir con el mandato constitucional.

Resulta menester comentar que el artículo 71 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor refiere que para lo imprevisto en esa Ley regirá supletoriamente la Ley General de la Administración Pública, lo cual es importante resaltar por cuanto ésta contempla la posibilidad para la Administración de hacer uso de todos los medios de pruebas existentes en la legislación costarricense.

3. Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

El artículo 28 ratifica la prohibición de los monopolios así como de las prácticas que impidan o limiten la competencia, impidiendo el acceso al mercado o promoviendo su salida, siendo una carga para la Administración la protección de la libertad de empresa y la promoción de la libre competencia.

Los artículos 30 y siguientes, establecen una serie de normas que regulan los procedimientos administrativos incoados como consecuencia de la infracción a la Ley, siendo importante destacar que el **artículo 34 establece una obligación para la Unidad Técnica de elaborar un informe en el que señale si la denuncia recibida ha seguido los requisitos previos mínimos exigidos en la Ley General de la Administración Pública. De igual manera el artículo 38 exige la elaboración de una recomendación final, cumplidos los trámites establecidos en la Ley General de la Administración Pública**

Así mismo, interesa resaltar el artículo 58 que aún cuando está en el capítulo cuarto relativo a la Defensa Efectiva del Consumidor, otorga facultades a los funcionarios competentes de MEIC, incluyendo las CPC, a realizar inspecciones administrativas a fin de efectuar control y supervisión del cumplimiento de las disposiciones de la Ley y de dicho reglamento. El propósito de estas inspecciones según el artículo 59 literal f) “verificar la correcta aplicación y cumplimiento de las disposiciones de la Ley y el reglamento.”

4. Ley General de la Administración Pública

Como pudo observarse en los números anteriores, tanto la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor como su Reglamento, remiten a la Ley General de la Administración Pública, por lo que forzosamente debemos someternos a sus disposiciones.

En efecto, ésta establece pautas para los procedimientos administrativos en los artículos 214 y siguientes, remitiendo de manera supletoria a otras leyes como la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, demás normas o no escritas, Código de Procedimientos Civiles, Ley Orgánica del Poder Judicial, etc. en todo aquello no establecido y cuya aplicación sea pertinente; tal y como lo dispone en el artículo 229.2.

Llama la atención lo dispuesto en el artículo 297.1, por cuanto indica que “ la administración ordenará y practicará todas las diligencias de pruebas necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte.

Asimismo, admite todos los medios de prueba permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común (artículo 298.1). Llegando incluso a equiparar al órgano director a las autoridades judiciales, por lo que se ratifica que incluso los medios de prueba previstos en materia judicial podrían ser aplicados a los procedimientos administrativos (artículo 300). Algunos de los medios de prueba citados son dictámenes y experimentos técnicos (302), así como otros que las partes puedan utilizar.

Este último aspecto es muy importante resaltar porque si la Ley le permite a las partes actuar con base en todos los medios probatorios existentes, estas mismas facultades probatorias y hasta más debería tener la Administración porque ella actúa como “parte” y “juez” en aquellos procedimientos abiertos de oficio, pero también actúa como “juez” solamente al atender las denuncias. No debe olvidarse que las prerrogativas de la Administración al investigar materias de orden público están por encima de los intereses de los particulares, salvaguardando claro está, los derechos de los investigados.

Lo anteriormente citado adquiere especial relevancia si se considera que de acuerdo con lo previsto en el artículo 83, 5, las normas que crean la

desconcentración máxima (como es el caso de la Comisión) son de aplicación extensiva en su favor, por lo que su interpretación debe hacerse con criterios de progresividad y amplitud, tomando como norte el carácter de orden público de la materia que prohíbe los monopolios y tiende a la protección de la libre competencia, y basándose en el principio de legalidad y normas de interpretación consagrados en los artículos 10.1, 10.2, 11.1, 13.1 y 13.2 de dicha Ley.

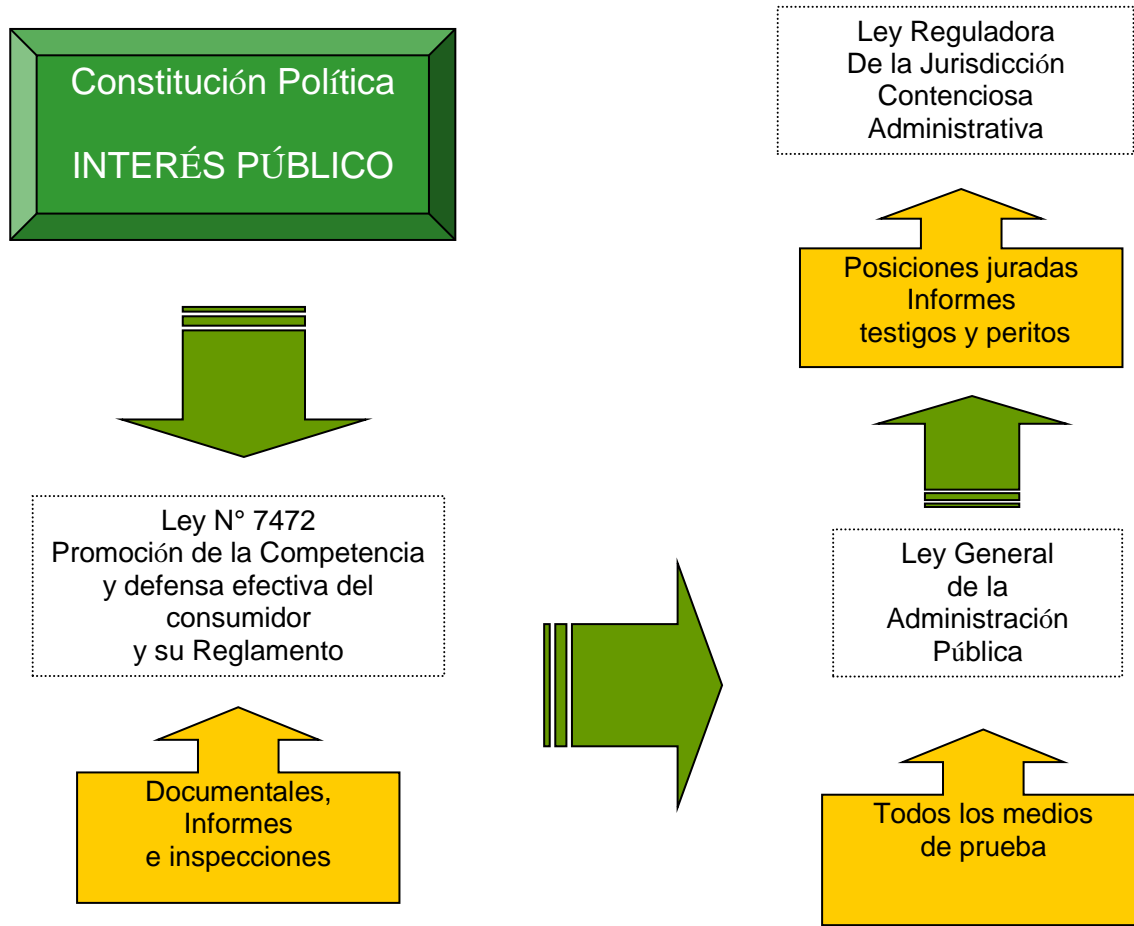
5. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Aplicable en virtud de lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, la citada Ley permite la utilización de los siguientes medios de prueba: posiciones juradas, informes, testigos, peritos (artículos 53 y siguientes)

6. Código de Procedimientos Civiles

Igualmente de aplicación según lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública.

De esta manera, podemos resumir las potestades investigadas derivadas de las siguientes normas:



IV. LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Entramos de lleno al campo de la investigación de las practicas restrictivas, en particular de las colusorias a los fines de dictar las pautas para la realización de las mismas. De esta manera observemos lo siguiente:

A. Factores preliminares a considerar ante una investigación de práctica colusoria.

i. El origen de la investigación.

Cuando el equipo de investigadores toma un caso debe estar perfectamente consciente del origen de la investigación. Esto no es más que conocer si el procedimiento de investigación fue iniciado de oficio, por denuncia y cuales son las presunciones preliminares que fundamentan la investigación (artículos

30,32,34 del Reglamento de la Ley 7472). En tal sentido, es importante mantener presente que:

- Un procedimiento de oficio, en especial cuando se trata de la fase preliminar de investigación; debe ser lo más discreto posible. La astucia en la solicitud de información es la clave. Los terceros resultan fuente primordial de investigación antes de alertar a los involucrados
- En un procedimiento por denuncia resulta más directa la investigación y de alguna manera es posible saltar algunas etapas para ir directamente al grano.
- La información que se maneja para iniciar la investigación. LE punto de partida para la concertación o acuerdo.

ii. Aliados en la investigación

En este caso nos referimos a la posibilidad de contar con el apoyo tanto en la búsqueda de información como en el entendimiento de la dinámica del sector de otros agentes económicos o no. En términos prácticos tenemos que:

- El o los denunciantes en el caso que esto aplique o que en su defecto existan otros entes o personas naturales o jurídicas que de alguna manera tengan interés como tercero en la resolución de procedimiento.
- Denunciante anónimo los cuales tienen interés y manejan información sobre el caso, generalmente porque participan en el sector pero no son capaces de denunciar por temor, amenazas, etc.
- Los entes reguladores si se trata de una investigación en el marco de una industria especialmente regulada, a saber, telecomunicaciones, salud, energía, gas o petróleo, aguas, desechos, transporte aéreo o terrestre, etc.
- Las asociaciones de consumidores cuando los productos o servicio involucrado en la restrictiva involucre al último eslabón de la cadena de comercialización

- Asociaciones o gremios aguas arriba o aguas abajo en la cadena de comercialización del producto o servicio que involucre la práctica.

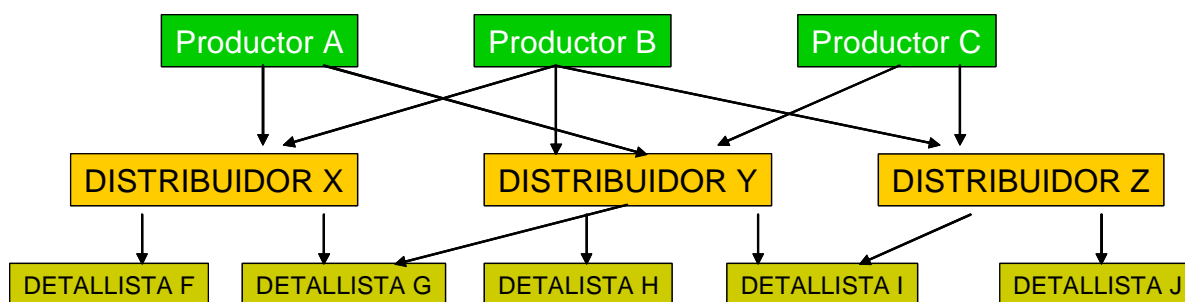
iii. La coordinación de la actuación de los funcionarios investigadores

La actuación de un equipo multidisciplinario resulta clave para el éxito de una investigación. Aunque la información parezca puramente jurídica o económica, tanto el abogado como el economista o cualquier otro profesional de una disciplina distinta que sea parte del mismo debe conocerla y ello porque aun cuando cada cual tiene responsabilidades muy definidas estas deben ser coordinadas. Así mismo, lo que para el economista puede ser obvio, para el abogado no necesariamente lo es y viceversa. Esto permite que se fortalezcan los argumentos y como consecuencia el caso.

Las reuniones periódicas entre los funcionarios para intercambiar las impresiones y conclusiones sobre los aspectos relevantes son necesarias. Estas tormentas de ideas pueden arrojar nuevas inquietudes que de hacerlo a tiempo podrán ser satisfechas en el procedimiento

iv. El mapa de actores

Una metodología que en la práctica funciona de forma razonable es convertir lo que está pasando en un mapa. Un mapa que será desarrollado y modificado en a medida que el caso avance y que los funcionarios conozcan y entiendan mejor las particularidades del mismo. Gráficamente tendríamos lo siguiente:



Esta gráfica resulta efectiva a los fines de determinar qué información tengo, que información me falta, cuál es la verdadera relación entre los actores y la información existente. De igual manera nos permite situar la denuncia o investigación en el contexto del mercado relevante. La importancia de lo anterior radica en que la definición del mercado relevante es clave para la determinación de la práctica o no. Lo que ocurre en la práctica es que muchas veces los casos no están tan claro para los investigadores pues existen vacíos de información no solo de la conducta sino del mercado relevante y sus características y esto solo se reconoce cuando es muy tarde para corroborar la información o solicitar nueva información.

De igual manera, la visualización gráfica de los actores y los factores permite a los investigadores un proceso mucho más sistemático para contestar a las preguntas de qué buscar, cómo, dónde, cuando, etc.

B. Las preguntas claves. Análisis Sistémico.

Lo primordial a la hora de resolver las preguntas claves es entender que todo el proceso de investigación es un sistema, que requiere de entradas de información procesamiento de la misma y resultado final. La recomendación que podemos señalar de forma preliminar visto el funcionamiento interno de la COPROCOM en coordinación con la Unidad Técnica es que la autorización de solicitud de información a los particulares sea extendida de forma general y no específica para no cercenar o limitar la capacidad de investigación de la misma y ello con base en las disposiciones contenidas en la normativa legal vigente en Costa Rica, específicamente al Ley N° 7472.

i. ¿Qué buscar?

No es recomendable que la búsqueda de información, tanto para la determinación del mercado relevante como para la comprobación de la práctica en si misma sea realizada al azar pues la experiencia nos dice que es así como se pierden importantes detalles. Cabe destacar que los mercados no necesariamente son fáciles de entender en sí mismos, muchas veces los

funcionarios se enfrentan a un mercado que ni siquiera entienden conceptualmente como la comercialización de soda cáustica o acuerdos entre prestadores de servicios de perforación de pozos de alta densidad, etc, que requieren de un mayor detalle para el entendimiento de los mismos a los fines de determinar cuál es el mercado relevante y por tato si existen efectivamente elementos que señalen la existencia de la conducta investigada

Ante la investigación de conductas colusorias entonces el funcionario deberá considerar lo siguiente:

La información requerida difiere de una conducta colusoria a otra aun cuando por supuesto existe información común. El asunto puede convertirse en más complicado si se trata de una investigación que supone o investiga más de uno de los supuestos de conductas colusorias previstas en la Ley.

Adjunto al presente documento encontraremos una Guía Práctica de la información preliminar general y particular que debemos solicitar para cada uno de los supuestos previstos en la Ley sobre Prácticas Colusorias. La intención de colocarlo en un documento aparte es que el mismo sea de fácil manejabilidad para el lector y por ende se convierta en el punto de partida o instrumento base del funcionario para la investigación.

ii. ¿Dónde buscar?

✓ Requerimientos escritos de información. Encuestas o cuestionarios (Artículos 27 de la Ley 7472 y 297 y 298 de al Ley General de la Administración Pública)

- A las partes involucradas directamente en el procedimiento
- A los terceros afectados por la presunta conducta colusoria
- A las asociaciones, gremios, etc. relacionadas con el sector
- A las empresas que le hacen seguimiento a los sectores a través de estudios de mercado, encuestas, etc.

- Estudios de mercado. Encuestas al consumidor. El apoyo de la Comisión Nacional del Consumidor pudiera ser clave en vista de su conocimiento particular sobre la dinámica de los mercados
- ✓ La documentación solicitada expresamente (artículos 27 de la Ley 7472 y 297 y 298 de la Ley General de La Administración Pública)
 - Minutas de reuniones internas y externas
 - Agendas personales
 - Actas de Asambleas
 - Registros de visitas de vigilancia o de recepción de las sedes de las empresas investigadas, o las asociaciones que los agrupan
 - Libros de reportes de llamadas entrantes o salientes solicitados a las asistentes o secretarias
 - Reportes de facsímil
- ✓ Las testimoniales o testigos expertos, peritos (artículos 297,298, 300, 302 y 304 Ley general de la Administración Pública)
 - Nómina de alta y media gerencia. Gerentes de ventas, mercadeo, distribución y comercialización, planta o producción, etc.
 - Asistentes, secretarias, mensajería, pasantes o estudiantes o personal operativo. Este personal normalmente sabe de reuniones, comunicaciones o información pero desconoce el carácter ilegal de los mismos, lo cual se traduce en una ventaja para la investigación. Sus superiores normalmente están más advertidos sobre lo que pueden y no pueden decir
 - Ex empleados de cargos de confianza o de gerencia media o baja
- ✓ Exhibiciones (artículo 305 de la Ley General de la Administración Pública)
- ✓ Pruebas de informes (Artículo 302 de la Ley General de la Administración Pública)
- ✓ Inspecciones judiciales y extrajudiciales. Según Gustavo Paredes “No se puede ejercer una adecuada política de competencia si la ley de competencia no provee a la agencia de las herramientas legales para

recabar pruebas, y el procedimiento adecuado para el trámite expedito de las investigaciones. Vía jurisdiccional, la comisión (en Panamá) puede solicitar a los tribunales de justicia especializados creados por la ley de competencia, ó a cualquier tribunal de justicia civil, la autorización para recabar pruebas a través de cualquier medio de prueba idóneo, ya sean acciones exhibitorias, inspecciones oculares, pruebas de informe, peritajes, testimonios, entre otras. Una vez autorizada la solicitud para recabar pruebas, la agencia de competencia la podrá ejecutar sin la presencia de los funcionarios del tribunal de justicia, y sólo estará obligado a preservar las garantías constitucionales del investigado.” Estas son alternativas que La COPROCOM debe explorar con base en el ordenamiento Jurídico de Costa Rica el cual en parte ha sido esbozado³

- Información contenida en archivos físicos y/o electrónicos, incluyendo comunicaciones vía correo electrónico
 - Información contenida en la papelera de documentos eliminados recientemente en el computador. El apoyo para este tipo de inspecciones en personal especializado en el área de informática es clave para la investigación
- ✓ Internet (artículos 297, 298 de la Ley General de la Administración Pública)

iii. ¿Cuándo buscar?

- ✓ Generar confianza en los investigados puede dar buenos resultados. Pedir abruptamente la información, no necesariamente es beneficioso para el procedimiento.
- ✓ Para trabajar con pruebas que van directamente a verificar la conducta es necesario primero tener una definición más o menos clara del mercado relevante y su dinámica

³ PAREDES, Gustavo. Retos Institucionales de la Políticas de Competencia en Panamá. Second Annual Meeting of the Latin American Competition Forum. Junio 14.15, 2004

- Esto permitirá ser mucho más eficientes en los interrogatorios o testimoniales e incluso en la solicitud de información escrita
- ✓ Como ya hemos mencionado, si se trata de una investigación preliminar o de oficio, es preferible agotar las fuentes de información indirectas, como afectados, terceros no interesados, organismos sin fines de lucro, etc., antes de llegar a las empresas investigadas para tomarlos por asalto con cierto manejo de información

iv. ¿Cómo y cuánto preguntar?

- ✓ Resulta imperante que la información contenida en la guía anexa al presente documento solicitada a las partes investigadas, sea contrastada con aquella proporcionada por el denunciante o cualquier otro tercero involucrado en la actividad económica que permita mostrar el lado contrario del negocio.
- ✓ La utilización de tablas o formatos preelaborados para la solicitud de la data resulta altamente favorable para evitar la evasión en la presentación de la misma o la imposibilidad de contrastar la información de los distintos competidores debido a que no presenta en iguales porque la misma no sea equiparable o comparable en términos de las unidades en las cuales han sido expresadas
- ✓ En el caso de un procedimiento abierto de oficio el investigado debe ser el último a quien se le solicita la información para contrastar o preguntar con base en la información proporcionada con terceros involucrados o no
- ✓ La data o estadísticas solicitadas además de recomendar los formatos o tablas preestablecidas, las mismas deben ser solicitadas en físico (de forma impresa) y electrónico en el formato que sea utilizado comúnmente(por ejemplo excel) a los fines de facilitar la comparación y homogeneización de la misma
- ✓ Es importante que los cuestionarios o requerimientos de información escrita no sean muy extensas o complejas, de lo contrario los receptores de estos tienden a evadir las respuestas en especial las involucradas en la investigación y se extienden en el lapso de entrega

de las mismas lo cual retrasa el análisis. Es preferible que este tipo de solicitudes, sea realizada en partes o fases al menos en el caso de las investigadas

- ✓ La información solicitada deberá contener un período de tiempo razonable no mayor de cinco años ni menor a tres años. Preferiblemente deberá contener una porción de tiempo en el cual el acuerdo no se había materializado.

iv. ¿Cómo llevar al análisis la información encontrada?

- ✓ La información solicitada debe ser revisada en la medida en que esta ingresa. Las empresas, en especial las investigadas suelen evadir la presentación de parte de la información solicitada con base en pero no de manera expresa. Normalmente es detectado por los funcionarios cuando no es posible solicitar que sea completada.
- ✓ Identificar y/o definir el mercado relevante con base en la metodología ya conocida para ello
- ✓ identificar uno a uno los factores que facilitan una colusión e identificar si los mismos están presentes para cada uno de los mercados relevantes encontrados o definidos
- ✓ Identificar si los elementos que hacen sospechar de colusión tienen una explicación razonable en alguna característica específica del mercado investigado
- ✓ Existen variables macroeconómicas o del entorno que permiten explicar el fenómeno investigado
- ✓ Cuales son los elementos probatorios e indiciarios que soportan la existencia de un acuerdo y como se interrelacionan. Cartas comunicaciones, cambios en al evolución de precios, volúmenes, etc.
- ✓ Si la estadística manejada lo permite, presentar información que muestre el impacto que sobre los precios, las empresas y sus clientes ha tenido la colusión. (este elemento resulta de impacto aun cuando en el caso de los carteles no es necesario que se verifique el daño

Los mercados conocen sus limitaciones en relación con las restricciones a la competencia pero de igual forma conocen los beneficios de llevar a cabo satisfactoriamente una conducta de este tipo; de manera que la innovación como mencionamos estará también presente en este aspecto de su actividad económica y es responsabilidad de los entes reguladores de la competencia y por ello de sus miembros de obtener, dentro de los límites que les otorga la Ley las pruebas necesarias para restaurar el orden del mercado.

Imaginar cómo actúa el empresario que de manera consciente viola la Ley, como se protege para no ser descubierto versus donde puede haber dejado un hilo suelto es el reto. Esperamos que estos documentos sean una ayuda para ello.