



compal

Comentarios a la propuesta de reforma
parcial al Reglamento que desarrolla la
Ley de Promoción de la Competencia y
Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N°
7472 de Costa Rica



UNITED NATIONS
UNCTAD

Comentarios a la propuesta de reforma parcial al Reglamento que desarrolla la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472 de Costa Rica

Por el GAE del COMPAL y la UNCTAD

En el mes de septiembre del pasado 2012 la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó una importante *Reforma de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* que implicó la dotación de nuevas funciones y competencias a la Comisión para Promover la Competencia, en materia de control de operaciones de concentración, inspecciones en el marco de la investigación de conductas anticompetitivas, y terminación anticipada de expedientes, también sobre conductas anticompetitivas. Como consecuencia de tal reforma, se hace necesaria la modificación, fundamentalmente mediante la inclusión de nuevos preceptos, del Reglamento de desarrollo de la Ley. Un primer Borrador del mismo ha sido sometido a la consideración del GAE y la UNCTAD.

A continuación se vierten una serie de consideraciones a propósito de dicho Borrador, que no tienen otro objeto que contribuir al mismo:

Sección tercera: Procedimiento para el análisis de concentraciones

En el primer párrafo del artículo ***Obligación de notificación previa*** se exige, para que la operación sea notificable, “que al menos dos de sus partes tengan operaciones en Costa Rica”. Del tenor literal del artículo podría seguirse que fueran notificables en Costa Rica operaciones sin incidencia en el mercado costarricense. Podría pensarse en una alternativa tal como exigir “que la operación tenga incidencia en el territorio de Costa Rica”.

En el párrafo segundo, se sugiere ser más pedagógico indicando, por ejemplo, que cuando la concentración tenga por objeto “una rama de actividad, una unidad de negocio, un establecimiento, o en general una parte de una empresa...” (“segmento” no parece un término muy adecuado).

El cuarto párrafo de mismo artículo, referido a las adquisiciones temporales de acciones, podría ser objeto de una adición en el sentido de prever que el plazo de un año pueda ser ampliado por la Comisión de forma excepcional cuando la entidad de crédito, financiera o de seguros lo solicite “y justifique que no ha sido razonablemente posible realizar la reventa en el plazo establecido”, cosa que puede ocurrir en supuestos de atonía del mercado, por ejemplo.

En relación con los cálculos que hay que realizar para averiguar si se alcanzan los umbrales de notificación, hay varias cuestiones que están confusas y que conviene aclarar, teniendo en cuenta que no puede establecerse en Reglamento nada que contradiga lo ya dispuesto en la Ley:

- Si los ingresos o los activos productivos a considerar son los totales de las empresas (o también los de “empresas relacionadas”, o “pertenecientes al mismo grupo de interés económico”), o sólo los afectados por la operación, y si los casos de ingresos y activos productivos serían distintos en este sentido.
- En el caso del umbral de activos productivos, donde se dice “durante los dos periodos fiscales de previo a la transacción” se sugiere decir “dentro de los dos periodos fiscales de previo a la transacción”.
- Si los ingresos a considerar son los totales o sólo los ordinarios, y si los activos productivos a considerar son los totales o sólo los utilizados para generar ingresos ordinarios (deberían ser los totales).
- Si los ingresos a considerar son los generados en Costa Rica (parece que sí), y si los activos productivos a considerar son los utilizados para generar ingresos en Costa Rica (no se especifica).
- Si los activos productivos a considerar han de estar en Costa Rica o podrían encontrarse fuera del país (debería ser lo segundo, convendría especificarlo).

Establecer un **Plazo para la presentación de la solicitud** de cinco días desde la suscripción del acuerdo o de la transacción de valores puede constituir un elemento de rigidez innecesario. La posibilidad de notificar una concentración en un estadio más o menos temprano de las negociaciones evita los elevados costes que pueden derivarse de su no autorización por la Comisión y permite orientar la negociación del acuerdo vinculante a la vista de los compromisos que pudieran exigirse para la aprobación de la operación, sin incurrir en costes adicionales derivados de una negociación posterior entre las partes para la modificación de un acuerdo ya firme. Podría exigirse la notificación de una operación, “con carácter previo a su ejecución”.

En el artículo **Suspensión de la concentración** podría añadirse la posibilidad, aun de carácter excepcional, de levantar la suspensión de la ejecución de la concentración, a petición de los notificantes, y previa decisión de la Comisión.

En relación con la **Solicitud**, llama la atención que se exija escrito “autenticado”.

En el artículo **Criterios de valoración**, se sugiere finalizar el apartado h) con “... en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y/o de menores precios”, pues podrían no darse las dos cosas al mismo tiempo. Por otra parte, cabría hacer mención aquí de la necesidad de considerar los efectos unilaterales y coordinados de la operación. Asimismo, en a) parece más apropiado hablar de mercados relevantes “afectados por” la transacción, que “involucrados en” la transacción, y en c), de la competencia que pueden generar otros agentes económicos “nacionales o extranjeros”, que otros agentes económicos “dentro o fuera del territorio nacional”.

Respecto del **Análisis de eficiencias**, se propone la supresión del apartado d), referido a la necesidad de que las eficiencias no se alcancen reduciendo la producción. Ello porque puede dar lugar a dificultades interpretativas, porque el requisito es discutible, y porque, en todo caso, ello podría entenderse incluido en el apartado b). Por otro lado, el último párrafo podría resultar superfluo por lo que ya se dice en el apartado h) del artículo anterior, más aún cuando este artículo comienza con “Además de lo indicado en el inciso h) del artículo anterior...”.

De alguna manera podría el Reglamento limitar, o matizar, el **alcance del segundo párrafo del nuevo artículo 16. b) de la Ley**, que establece la libertad de los agentes de notificar cualquier operación de concentración (aunque no alcance los umbrales), y la obligación de la Comisión de resolver en todos los casos. Ello para evitar la dedicación excesiva de recursos de la Comisión a este tipo análisis “por si acaso”.

El apartado b) del artículo **Procedimiento en dos fases**, parece que opta por el modelo en el que la autorización de las operaciones de concentración puede sujetarse al cumplimiento de “compromisos” ofrecidos por las partes y aceptados por la Comisión (cabría también la posibilidad de que la Autoridad estableciera “condiciones”, no propuestas por las partes y no necesariamente con su conformidad). Pues bien, no se entiende en el caso de los “compromisos” la notificación de los mismos a las partes y el otorgamiento de plazo para dar la conformidad, puesto que los compromisos fueron sugeridos por las partes en primer lugar.

Respecto del artículo **Criterios para aprobar la concentración en primera fase**, en el apartado a) la mención de la ausencia de solapamientos se estima suficiente, sin que sea necesario añadir la razón de “porque ninguna de ellas realice actividades económicas en el mismo mercado...”, que resulta además confusa.

En relación con el apartado b), cuantificar las participaciones que se considerarían “de menor importancia” puede resultar conflictivo y no parece necesario. Se recomienda dejarlo a la apreciación, caso por caso, de la Comisión. Además, el hecho de que, “a juicio de la Comisión” (criterio plenamente subjetivo) se pueda decidir el inicio de la segunda fase aun cuando se cumpla alguna de las condiciones de este artículo (ver el segundo párrafo del artículo **Casos que se analizan en segunda fase**), resta la seguridad jurídica que se podría estar pretendiendo dar a los notificantes con este esfuerzo cuantificador.

En el apartado c) convendría definir el “control conjunto”. Y en el apartado d) el “ni haya previsto ejercer” es hipotético... ¿cabría exigir un compromiso a las partes?

En el artículo **Análisis en segunda fase**, parece que faltaría la opción de la Comisión de simplemente objetar la operación. Además, convendría aclarar que los notificantes pueden, al principio de la segunda fase, presentar compromisos por primera vez, o presentar nuevos compromisos si ya presentaron una primera propuesta en primera fase. Del contenido de c) se entendería que en ambos casos los notificantes tendrían una nueva oportunidad para subsanar su propuesta en el marco de la segunda fase (en los diez días de plazo establecidos).

Por otro lado, cabe indicar aquí lo mismo que antes en relación con la notificación de los compromisos para la conformidad de los notificantes – como también en el apartado a) del artículo siguiente **Segunda propuesta del solicitante**. Ahora bien, así como tiene sentido que en primera fase sólo quepan los “compromisos”, y no las “condiciones”, pues en esa fase se realiza un examen más o menos superficial, deberían considerarse las condiciones en segunda fase (y éstas sí deberían trasladarse al notificante). Tal vez esa inclusión haría innecesario el trámite de la segunda propuesta.

En ese caso el artículo **Condiciones**, pasaría a titularse “Remedios”, término genérico que englobaría “compromisos” y “condiciones”.

El último párrafo del artículo **Solicitud de información** no correspondería a este artículo, sino más bien al artículo **Participación de terceros en el procedimiento**. En todo caso este párrafo estaría en contradicción con lo establecido en ese artículo, puesto que aquí se habla de “los agentes económicos” (se entiende, “cualquier agente económico” y allí se habla de “terceros interesados”.

Por otro lado, podría añadirse en este artículo la capacidad de la Comisión de realizar **tests de mercado** para analizar los efectos de la operación sobre la competencia.

En el artículo **Participación de terceros en el procedimiento**, sería conveniente precisar la forma de publicación de la información (y cuánta) sobre la operación de concentración, y el plazo que se concederá a los terceros interesados para presentar sus observaciones. Por otro lado, ¿se define en alguna parte quién sería un “tercero interesado”?

Sección: Procedimiento de Inspección

Lo establecido en esta Sección debe analizarse de acuerdo con las previsiones constitucionales y de procedimiento administrativo de Costa Rica, pero con carácter general, el procedimiento previsto parece idóneo para el ejercicio de las nuevas facultades. No obstante, cabe hacer algunas observaciones:

Del inciso a) del artículo **Procedencia** se deduce que la investigación ha de estar abierta para que quepa una inspección. Cabría considerar la posibilidad de realizar inspecciones durante las actuaciones preliminares, antes de la apertura del expediente.

Debería mencionar el Reglamento la obligación de someterse a la inspección, así como especificar la sanción que podría recaer en caso de impedir o entorpecer la misma. El último párrafo del artículo **Autorización y señalamiento** establece que se informará “sobre las sanciones legales aplicables” en estos casos, pero nada clarifica sobre a cuánto ascenderían dichas sanciones.

Es preciso dar a la empresa la posibilidad de **recurrir** la autorización judicial para la inspección. La presentación de un recurso no suspendería la inspección.

Cabría la opción de **dar al juez un mayor protagonismo** en el desarrollo de la inspección. Ello podría ser interesante porque en el curso de la inspección pueden surgir nuevos hechos, elementos o personas, de interés para la investigación, pero que inicialmente no estaban previstas y por ello no se mencionan en la solicitud de autorización judicial. Se ha previsto en el Borrador la posibilidad de ampliar el permiso judicial cuando deban de ejecutarse nuevas diligencias (ver artículo **Ampliación**), pero cabría considerar que el propio juez asistiera a la inspección, o que nombrara a agentes judiciales para acompañar a los inspectores.

Parece que los **domicilios particulares y los vehículos** quedarían excluidos de las inspecciones (la propuesta se refiere siempre a “locales o establecimientos”). Podría considerarse su inclusión.

En relación con las **entrevistas**, la autorización judicial debiera prever de forma expresa esta facultad de entrevistar a cualquier persona de la empresa (trabajador, representante, directivo, etc.).

La **suspensión de la inspección hasta que aparezca el abogado** no existe en otros sistemas donde, si bien se admite que el empresario pueda ser asistido por un letrado, no es necesario esperar a que éste esté presente para proseguir con la inspección. Ha de considerarse el riesgo de que esta

previsión sea utilizada por empresarios (y sus abogados) para demorar el inicio de la inspección, para hacer desaparecer determinada documentación, o para preparar alguna otra estrategia que reste eficacia a las inspecciones sorpresa.

En relación con la **Confidencialidad**, para hacer énfasis en que no solamente la Comisión y sus funcionarios deben sentirse concernidos, quizás merecería la pena insistir en que todas las Autoridades y las personas conecedoras de alguno de los detalles de una inspección sorpresa (especialmente del hecho de que va a tener lugar) están obligadas a guardar la debida discreción. En el segundo párrafo del artículo correspondiente, al menos, podría añadirse (subrayado) "... deberá resguardar la confidencialidad sobre toda información que conozcan antes o en el transcurso de la misma".

Además, se sugiere considerar la inclusión de previsiones relativas a dos extremos: el "hallazgo casual" y los documentos personales o protegidos por el "privilegio legal". El **hallazgo casual** ocurre cuando en el transcurso de una inspección se encuentran documentos que ponen de manifiesto la existencia de una práctica anticompetitiva diferente a aquélla que se pretendía investigar. Para esos casos debería preverse un procedimiento para la apertura de un nuevo expediente, sin que resultaran vulnerados los derechos fundamentales de los afectados.

En cuanto a documentos que pudieran estar amparados por el **privilegio legal**, es decir, por el secreto entre abogado y cliente, a falta de otra regulación específica en la legislación costarricense, debería quedar limitado el privilegio legal a los asesores externos de las empresas, y no extenderse a quienes formen parte de la plantilla de la empresa como asesores jurídicos internos.

Otro problema se plantea en el supuesto de que exista **discordancia entre los inspectores –en definitiva la Comisión- y el investigado acerca del carácter de determinado documento**. Es decir, si no hay acuerdo sobre si un documento puede acogerse al privilegio legal, o sobre si un documento es de índole personal y por tanto ajeno a las actividades de la empresa. Debe habilitarse entonces un mecanismo de solución de conflictos que podría consistir, por ejemplo, en que, cuando no haya acuerdo en el momento de la inspección, los documentos objeto de diferente apreciación se introduzcan en un sobre cerrado, con la firma del inspector y de un representante del inspeccionado, y se someta la cuestión a la posterior decisión de la Comisión. Si la Comisión decidiera que los documentos no deben ser objeto de protección, se incorporarían al expediente. Naturalmente esta decisión de la

Comisión debería poder ser objeto de recurso judicial. Como alternativa, la decisión podría ser de la autoridad judicial que ha autorizado la inspección.

Sección ...: Procedimiento de Terminación Anticipada

La introducción de un procedimiento para la terminación anticipada de los procedimientos se valora muy positivamente, ya que por esta vía se consigue la finalización, y en su caso remoción de los efectos, de las conductas contrarias a la competencia, al tiempo que se liberan recursos de la Comisión, que pueden ser utilizados en la persecución de otras prácticas anticompetitivas. Al texto propuesto cabe hacer las siguientes observaciones:

Es importante tener claro que un procedimiento “de terminación convencional” o “de compromisos”, como el que parece, en principio, proponer el Borrador, solamente cabe cuando no se ha llegado a constatar la comisión de la práctica anticompetitiva. Donde se hubiera constatado la comisión de la práctica, y sobre todo si se hubieran probado los daños causados, procedería seguir adelante con el procedimiento sancionador y resolver declarando la ilegalidad e imponiendo la correspondiente sanción y demás remedios. Este procedimiento es diferente de otro alternativo, el “de transacción” (de “*settlement*” en inglés), que implicaría el reconocimiento de la ilegalidad por parte de la empresa, a cambio de una rebaja en la sanción correspondiente y de su compromiso de actuar pro-competitivamente en el futuro.

Entonces, si lo que se propone es un procedimiento de terminación convencional, no parece que encajen en el mismo las solicitudes que incorporen compromisos para “contrarrestar los efectos anticompetitivos” de la conducta objeto de la investigación. Podría ser que el artículo 27. h) de la Ley estuviera abriendo la vía de ambos procedimientos. En ese caso, habría que prever dos procedimientos diferenciados.

Tampoco establece la propuesta ninguna limitación en cuanto a los tipos de conductas investigadas que podrían acogerse al procedimiento (o los procedimientos) de terminación anticipada. En algunas jurisdicciones se ha excluido a los carteles.

Lo establecido sobre las **Garantías** podría revisarse a la luz de lo anterior (procedimiento de terminación convencional o de transacción). En el caso del procedimiento de transacción, la imposición de la sanción (aun reducida) y, simultáneamente, de una garantía, podría resultar excesivo. En ambos procedimientos, si se trata de garantizar el cumplimiento de los compromisos, podría bastar con establecer un sistema de vigilancia y advertir de que el incumplimiento se considerará una infracción muy grave. En todo caso,

debería establecerse un **procedimiento para declarar un compromiso incumplido**, teniendo ello como consecuencia, bien la ejecución de la garantía, bien la imposición de una sanción.

Podrían habilitarse otras formas posibles de constitución de garantías, más allá del efectivo o los valores de comercio, siempre que fueran admisibles en derecho costarricense. Piénsese, por ejemplo, en el aval bancario o la hipoteca de máximo. O bien se podría indicar que la garantía “podrá constituirse en cualquier forma admisible en Derecho y que sea suficiente, a juicio de la Comisión”.

No se establece **plazo** para las “negociaciones” entre la Comisión y los supuestos infractores, lo cual puede llevar a que las mismas se eternicen.

En el caso de **Pluralidad de agentes investigados** se establece que los unos se podrán adherir a los compromisos acordados por los otros con la Comisión. ¿No debería ser adaptándolos a las circunstancias concretas de cada agente investigado? Por otro lado, habría que decir claramente que el procedimiento sancionador puede continuar contra quienes no se adhieren a la terminación anticipada. Por fin, debería dejarse constancia de que las declaraciones y pruebas aportadas, en su caso, por quienes se acojan a la terminación anticipada, podrán ser utilizadas como pruebas de cargo en los procedimientos sancionadores que continuaran.

Podría preverse la **participación de los perjudicados** por las conductas anticompetitivas en los procedimientos de terminación anticipada.

.....