

Unclassified**Spanish - Or. English****20 September 2019****DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****Cancels & replaces the same document of 20 September 2019****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia****- Contribución de Costa Rica -****24-25 de septiembre 2019, San Pedro Sula, Honduras**

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Costa Rica (COPROCOM) PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 24-25 de septiembre 2019 en Honduras.

Sra. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia -
Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03451379

Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia

Determinación de multas por prácticas anticompetitivas en Costa Rica

- Contribución de Costa Rica* -

1. Sobre la normativa aplicable

1. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N°7472, de diciembre de 1994, crea la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) como órgano encargado de aplicar la normativa antimonopolio en Costa Rica. Dicha norma establece las multas que puede imponer la COPROCOM a empresas que incurran en prácticas anticompetitivas, así como por otras conductas que afecten el quehacer de dicho órgano (p.e. incumplimiento de condiciones, retraso en la entrega de información, entre otros).
2. El objetivo de las multas en la legislación costarricense es la de tener el doble carácter de castigar al infractor por haber incurrido en la falta, así como disuadir a los demás agentes económicos de incurrir en conductas que lesionen la competencia y libre concurrencia. Sin embargo, tal como lo ha concluido la OCDE en la Revisión Inter-pares del año 2014, en general, el monto de las multas en el país no resulta disuasorio. De allí que se haya realizado un esfuerzo importante por reformar la normativa a fin de alinearla con las mejores prácticas internacionales, tema que será abordado más adelante.
3. Las multas que la ley impone se han basado, hasta la fecha, en un rango de salarios de “*hasta 680 salarios mínimos mensuales*” en el caso de la realización de prácticas monopolísticas absolutas (que incluye los acuerdos horizontales conocidos como *hard core cartels*) y “*hasta 410 salarios mínimos mensuales*” para prácticas monopolísticas relativas, las que abarcan restricciones verticales y abuso de posición de dominio. En aquellos casos de reincidencia o de gravedad particular, la normativa establece que se podrá imponer una multa de hasta el 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor en su actividad ordinaria, durante el año fiscal anterior a la emisión de la resolución final.
4. La COPROCOM puede considerar las compañías matrices como responsables conjuntamente por violaciones a la normativa antimonopolio de sus subsidiarias. De hecho investigó una situación similar, sin embargo, no llegó a sancionar por cuanto no se encontraron elementos que relacionaran a la casa matriz con la conducta de su subsidiaria, en el sentido de que promoviera o financiara la práctica sancionada.
5. Respecto al procedimiento, cabe indicar que una vez impuesta la sanción, las empresas afectadas pueden interponer un recurso de reconsideración ante la misma COPROCOM a fin, entre otros, de que revise la multa impuesta, o bien, acudir directamente a la vía judicial. De acuerdo con la Ley N°7472 las resoluciones de la COPROCOM son ejecutables desde su dictado, de allí que una vez firme la resolución se procede a realizar las intimaciones de ley para el pago de la multa establecida. En el eventual caso de que la empresa no realice el pago, corresponde remitir la gestión de cobro a la Procuraduría

* Esta contribución fue elaborada por la COPROCOM.

General de la República que se encarga de llevar el caso a los Tribunales de Justicia para obtener el pago de la multa impuesta.

6. Al acudir a los Tribunales de Justicia para que se revise la resolución que impone la multa, las empresas pueden solicitar como medida cautelar, que la COPROCOM no pueda realizar el cobro de la multa hasta tanto no concluya la revisión en esta instancia, o bien, que no publicite la multa impuesta. Este tipo de medidas ha sido usual, cuando la COPROCOM ha impuesto sanciones como porcentaje de las ventas.

2. Metodología de cálculo de la multa

7. Los criterios de valoración para la imposición de la multa que establece la Ley N°7472 se establecen en el artículo 29 de la Ley N°7472 que indica: *“Para imponer las multas a que se refiere el artículo anterior, la Comisión para promover la competencia debe tomar en cuenta como criterios de valoración: la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia del infractor y su capacidad de pago.”*

8. De tal forma que los elementos que se deben valorar para determinar la multa a imponer, incorporan los principios de razonabilidad y proporcionalidad, al evaluar la participación del infractor en el mercado, y la amenaza o el daño causado. Así como la obligación de analizar que la sanción que se vaya a imponer no resulte confiscatoria para el agente económico, con el análisis de su capacidad de pago. Al respecto, la COPROCOM reiteradamente ha indicado que la capacidad de pago de una empresa incluye, entre otros, la valoración de los activos que tiene el agente económico para hacer frente al endeudamiento y al pago de una eventual sanción.

9. Recientemente la COPROCOM aprobó una Guía para la Determinación de Multas que establece que el procedimiento a utilizar se compone de tres etapas. Una primera etapa en la cual se valoran los criterios de: gravedad de la infracción, amenaza o daño causado, intencionalidad de la conducta, participación del infractor en el mercado, tamaño del mercado afectado, duración de la práctica y reincidencia para la totalidad de las empresas infractoras. Cada uno de los criterios tiene la misma ponderación y se valoran de acuerdo con variables que permiten cuantificarlos y asignarles un nivel de gravedad. Si en esta primera etapa la valoración de los criterios supera el 66% del máximo que es posible obtener, se determina que se trata de una conducta que tiene gravedad particular, por lo que corresponde sancionar utilizando las ventas de la empresa. De no ser el caso, la sanción se impone con base en los salarios mínimos.

10. En la segunda etapa se ajustan los criterios a cada una de las empresas infractoras. Gravedad de la infracción, amenaza o daño causado, tamaño del mercado afectado y duración de la práctica mantienen su valoración por cuanto resultan generales para todas las empresas que incurrieron en la conducta, mientras que la participación de mercado, intencionalidad y reincidencia se ajustan para cada una de las empresas infractoras. La tercera etapa consiste en analizar si el infractor cuenta con la capacidad de pago para pagar la multa resultante, y si es el caso, ajustarla a la situación financiera del infractor.

11. Esta metodología ha sido utilizada en la sanción más reciente impuesta por la COPROCOM, por prácticas monopolísticas relativas en el mercado de medicamentos por un monto de \$20.752.089. Sin embargo, el procedimiento es muy similar al utilizado en la

mayoría de los casos que se han determinado sanciones en el pasado, con excepción de la primera etapa que resulta ser la innovación que ha sido introducida.

12. Dadas sus particularidades, en el país no existe mayor jurisprudencia administrativa o judicial en cuanto a la determinación de multas con procedimiento similar, más allá de la emitida por los Tribunales de Justicia en la revisión de las resoluciones de la autoridad de competencia. No obstante, la discrecionalidad que la normativa le otorga a la COPROCOM en la imposición de sanciones fue reconocida y validada por la Sala Constitucional del país que la relacionó con la que tiene un juez penal, al indicar: *“Las posibilidades de realizar una acertada individualización judicial de la pena, están en relación directa con la amplitud del margen de discrecionalidad, que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Entre más amplio sea ese margen, mayores serán también las posibilidades de que el Juez pueda adecuar correctamente la pena a las particularidades del caso y a la personalidad de los sujetos que debe juzgar. El que exista ese margen de discrecionalidad para el juzgador, no representa entonces una violación a los principios constitucionales, sino más bien una garantía de que la pena se impondrá en forma individualizada, atendiendo a las características y circunstancias y concretas del caso en particular (ver en ese sentido sentencia número 5191-93 de las quince horas treinta minutos del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres.(....)”*¹

3. Revisión judicial de las multas impuestas

13. Desde su creación en el año 1994 a diciembre del año 2018, la COPROCOM ha sancionado a más de 200 agentes económicos por prácticas anticompetitivas. Las primeras sanciones de la COPROCOM incluían medidas correctivas y la obligación de anular los acuerdos anticompetitivos; así como el pago de multas que oscilaban entre los 0 y 100 salarios mínimos (límite que equivalía en aquel momento a 11.120.100 colones costarricenses o US\$ 54.749). Ninguno de estos fallos administrativos fue impugnado en sede judicial.

14. Posteriormente en 1999, se multó un caso de *hard core cartel* de los comercializadores de frijol², que a nivel sancionatorio incluyó suspender y abstenerse en el futuro de realizar cualquier acto violatorio de la Ley N° 7472, así como el pago de una multa de **637 salarios mínimos** (lo que equivalía en aquel momento a 76.535.550 colones costarricenses o US\$ 273.253). Este fallo representa una transición, no sólo por la mayor dureza de la sanción impuesta por la autoridad; sino por ser la **primera decisión que fue cuestionada ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que confirmó la resolución emitida por la COPROCOM.**

15. A partir de este punto la impugnación de las resoluciones emitidas por la autoridad de competencia se tornó una constante. Para el año 2018 el 63% de las sanciones impuestas por las autoridades de competencia habían sido impugnadas ante los tribunales de justicia. En todos los casos en que se impuso una sanción relativamente importante los agentes económicos recurrieron a la vía judicial. Cabe indicar que a partir del año 2002 las multas impuestas por COPROCOM fueron incrementándose hasta llegar a alcanzar sumas de varios millones de dólares. Tales son los casos de las sanciones impuestas por: 1) la

¹ Sala Constitucional, sentencia 05692 del 24 de abril de 2013.

² Artículo 5, Sesión 19-1999 de la COPROCOM.

realización de una concentración prohibida en el mercado de electrodomésticos; 2) un acuerdo de las operadoras de pensiones de las comisiones a cobrar y 3) restricciones verticales en el mercado de tarjetas de crédito. La multa más alta que ha impuesto la COPROCOM es de reciente fecha, se impuso en 2018 por la realización de prácticas monopolísticas relativas en la comercialización mayorista de medicamentos y supera los US\$20 millones.

16. Sin embargo, del análisis de los fallos judiciales se desprende que uno de los agravios recurrentes en cuanto a la forma se relaciona con lo que consideran una **ausencia de motivación adecuada de graduación de las multas**.

17. Un ejemplo, es el fallo judicial que anuló parcialmente la resolución de la COPROCOM en un caso que involucró a varias empresas de telecomunicaciones en una licitación estatal³, Voto N° 070 -2015 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, San José, a las ocho horas del 13 de julio de 2015, en el que se señala:

“La motivación de las resoluciones dictadas en el ámbito del derecho sancionatorio con ocasión de los procedimientos administrativos que se instruyan en la COPROCOM, exige un cuidadoso y detallado análisis valorativo de todos los argumentos y pruebas, con indicación expresa de los parámetros o criterios objetivos utilizados para imponer la sanción en cada caso particular, lo que no se satisface con la simple descripción de los criterios de valoración y un análisis generalizado de los mismos, a la luz de lo ordenado por la norma en análisis en relación con los numerales ciento treinta y tres y ciento treinta y seis de la Ley General de la Administración Pública, requisito que se echa de menos en la resolución dictada por la Comisión de Promoción de la Competencia que aquí se revisa”. (Lo destacado es intencional).

18. En este caso el Tribunal de Justicia anuló parcialmente la multa impuesta y devolvió el caso a sede administrativa para que la COPROCOM dictara nuevamente la resolución conforme a lo indicado por dicha instancia.

19. Otra referencia de este tema es el fallo judicial del 2009 en relación con el cartel de los industriales del sector arrocero⁴. La resolución de la COPROCOM fue anulada⁵, en virtud de que se consideró que existía una falta de fundamentación y razonamiento individualizado de las multas impuestas a cada una de las empresas sancionadas, así como la inexistencia de los criterios y parámetros objetivos utilizados por la Administración para imponer dichos montos a los sujetos investigados por la misma conducta. Por ello el tribunal determinó que se causaba indefensión a las partes, al impedirles conocer los motivos de la cuantificación de la conducta, información que el sancionado tiene derecho a conocer. Así, en la resolución 000250-F-S1-2011 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas cinco minutos del 10 de marzo de 2011 se valoró lo siguiente:

³ Voto 13-2012 de la COPROCOM.

⁴ Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo 100-2009-SVII, resolución en Segunda Instancia 31-2010-VIII y Resolución 250-F-SI-2011 de Casación.

⁵ Artículo 8 Sesión 22-2001 de la COPROCOM.

“Por otra parte, el que la práctica monopolística sancionada provenga de un concierto de voluntades, en el que, podría decirse, todos tuvieron igual intervención, no permite sostener, como pretende, que el análisis conjunto de la conducta ilícita hace innecesario el examen individualizado de la multa impuesta, toda vez que dentro de los parámetros que deben ponderarse para cada uno de ellos, está la capacidad de pago, que no necesariamente es uniforme, por lo que se vuelve imprescindible, como exigencia derivada del deber de fundamentación que integra el debido proceso, que se motive de manera individualizada la imposición de la multa (...). Luego, es imprescindible un análisis puntual que permita al agente sancionado entender y revisar los parámetros a partir de los cuales le fue impuesta

20. La COPROCOM ha analizado lo resuelto por los tribunales y ha procurado adaptar sus resoluciones a lo dispuesto por dichas instancias.

4. Reformas introducidas en la nueva ley

21. El 29 de agosto pasado se aprobó la Ley para el Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, normativa que viene a introducir una serie de cambios que permitirán una mejor y más eficiente aplicación de la normativa de competencia en el país.

22. Dicha norma que regirá a partir de su publicación a fines del mes de setiembre, introduce en lo que interesa para esta contribución:

- Sanciones disuasorias basadas en un porcentaje de ventas de las empresas.
- Programa de clemencia que pretende contribuir a la detección de carteles.
- Programas de cumplimiento voluntario. Los cuales podrán, si así lo dispone la COPROCOM, ser considerados al analizar la intencionalidad de la conducta, si el infractor demuestra haber adoptado de previo al inicio de la investigación un programa de cumplimiento que reúna los requisitos que establezca el reglamento, así como haber cesado la conducta.
- Mecanismos de terminación anticipada de procedimientos ante la confesión de culpabilidad de la empresa investigada, que incluye la disminución de la sanción.

23. Los criterios de ponderación para la determinación de las multas se mantienen en la nueva normativa, no obstante, se incorpora la posibilidad de no utilizar alguno de los criterios aunque la autoridad debe razonar dicha exclusión. Adicionalmente, la normativa establece el deber para la autoridad de competencia de emitir guías para promover la transparencia, predictibilidad y seguridad jurídica en varios temas, entre ellos el sancionatorio.

24. De tal forma, que resulta una tarea para la COPROCOM, que debe ser atendida con prontitud, el revisar la Guía para la Determinación de Multas de manera que incorpore los cambios que la normativa introduce, las mejores prácticas internacionales, así como los parámetros que las sentencias judiciales han indicado que deben ser tomados en cuenta en la determinación de las multas, para evitar violentar principios del debido proceso o el derecho de defensa de los agentes económicos.