

**LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL
DEL PROCEDIMIENTO Y LAS FACULTADES
DE INSPECCIÓN EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA**

Profesor Ronald Hidalgo Cuadra¹
Abogado costarricense

(Recibido 12/02/14 • Aceptado 03/12/14)

¹ Profesor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica.
Correo electrónico: ronald.hidalgo@ucr.ac.cr. Tel. 2257 5163

RONALD HIDALGO CUADRA: la terminación convencional del procedimiento y las facultades inspección en el derecho de la competencia

Resumen: El Derecho de la Competencia en Costa Rica ha tenido una reforma que refuerza las facultades de inspección de la autoridad de competencia estatal, al mismo tiempo que introduce la posibilidad de una finalización del procedimiento cuando la parte, voluntariamente, accede a comprometerse a cesar en el comportamiento que se le atribuye.

Palabras Clave: Derecho de la Competencia, autoridad de competencia, inspección in situ, sanciones.

Abstract: : Competition Law in Costa Rica has underwent a reformation that enhances the power of inspection of competition state authorities, while it introduces the possibility of terminating a procedure when the party voluntarily agrees to cease the behavior attributed to it.

Keywords: Competition Law, competition authority, on-site inspection, penalties.

Índice:

Introducción.

- I. Facultades de inspección.
 - A. Defensa de la competencia es el bien jurídico que delimita la potestad.
 - B. Conductas sobre las que se ejerce.
 - C. La facultad inspectora como potestad.
 - D. Control judicial previo.
- II. Las alternativas a la sanción:
 - A. Cambio de perspectiva: De la coercibilidad impuesta a la penalidad convenida.
 - B. ¿Es la defensa de la competencia una forma de regulación de la actividad económica?
 - C. Amplia discrecionalidad para admitir la terminación convencional del procedimiento.
 - D. Ejecutividad del acuerdo de terminación.
 - E. Ventajas y desventajas.

Apreciaciones finales.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Dentro de las modificaciones que la Ley No. 9072 del 20 de setiembre de 2012, ha efectuado a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante LPCDEC), publicada en el Alcance Digital No. 148 a La Gaceta No. 193 del 5 de octubre de 2012, posee una notable importancia la potestad de inspección en los establecimientos de los agentes económicos que se concede a la Comisión Para Promover la Competencia.

El artículo 27 de la LPCDEC dota a la Comisión para Promover la Competencia (en adelante COPROCOM) la potestad de autorizar a los funcionarios de su Unidad Técnica de Apoyo, previa autorización fundada de un juez de lo contencioso-administrativo, para visitar e inspeccionar los establecimientos industriales y comerciales de los agentes económicos, cuando esto sea indispensable para recabar, evitar que se pierda o destruya evidencia para la investigación de prácticas monopolísticas absolutas o relativas contempladas en la presente ley (inciso g).

En segundo lugar, en el inciso h de ese mismo artículo, se faculta a la COPROCOM para poner fin al procedimiento administrativo, a solicitud del agente económico involucrado, en cualquier momento hasta antes de celebrarse la audiencia, siempre que exista un compromiso suficiente del agente económico de suprimir la práctica que se investiga o contrarrestar los efectos anticompetitivos que causa esa práctica, mediante el cumplimiento de las condiciones que le imponga la Comisión.

A no dudarlo, el Derecho de la Competencia es el que ofrece un escenario abundante para analizar el equilibrio de las prerrogativas administrativas con los derechos de los particulares. Y, casualmente, las potestades de investigación se ven ampliadas gracias a que la CPC pueda hacer acopio de evidencia con las inspecciones que realicen sus funcionarios, pueden ilustrar lo que se acaba de afirmar.

Por otra parte, la terminación del procedimiento administrativo por medios alternativos o sustitutivos a la sanción administrativa, es una verdadera innovación en Costa Rica. Aunque como veremos, podía extraerse desde 1978 en las normas procedimentales de la Ley General de la Administración Pública, el contenido que incorpora la reforma al artículo 27, genera interrogantes de sumo interés. Si hay una renuncia

irreversible de la potestad punitiva de frente a una propuesta del agente económico para que no se le sancione a cambio de comprometerse a cumplir con determinada conducta, o a cesar en ella, o a qué condiciones se refiere la disposición que puede imponer la CPC, si la inobservancia de esas condiciones es punible a su vez, etc.

Con las líneas que siguen, se intenta exponer en qué consisten ambas reformas y apuntar, sin mayores pretensiones, las líneas interpretativas para su correcta aplicación.

I FACULTADES DE INSPECCIÓN

A. Defensa de la competencia es el bien jurídico que delimita la potestad.

La facultad dispuesta con la reforma al artículo 27 de la LPCDEC, para visitar e inspeccionar los establecimientos industriales y comerciales de los agentes económicos, en la investigación de prácticas monopolísticas absolutas o relativas, tiene una finalidad muy concreta: garantizar la competencia en el mercado. No puede ser llevada más que para ese dar protección ese bien jurídico.

Las informaciones de orden tributario, sobre las obligaciones con la seguridad social, por ejemplo, no parecen estar cobijadas por esta facultad de inspección, por lo que la evidencia se recaba para los fines de la LPCDEC; su utilización para otros objetivos, aún contemplados por el resto del ordenamiento, es inadmisibles. El ciudadano tiene derecho a que la información obtenida sea empleada por la COPROCOM con un fin perteneciente a la esfera propia de una autoridad de competencia.

La cuestión que debe ocuparnos ahora es precisar la noción de libre “competencia”. Como se ha hecho notar, la palabra “competencia” es término dotado de varios significados, según el contexto (deportivo, sociológico, etc.) que se trate. Para efectos de la normativa que estamos analizando, se habla de competencia en un contexto económico, que abarca dos perspectivas: en cuanto comportamiento de varias empresas que rivalizan dentro del mercado en la conclusión de contratos y como principio de orden del mercado que estimula la producción de bienes y servicios, y regula las relaciones entre oferentes y demandantes.

La competencia económica sería, entonces, la tendencia libre y autónoma de oferentes y demandantes (competidores) que se influyen recíprocamente en el proceso económico a la celebración de contratos con terceros (clientes o suministradores) mediante la puesta en práctica de las condiciones más favorables².

La otra cuestión es sobre la utilidad de la competencia económica. Se trata de un componente que sirve para proteger el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De ahí que al ordenamiento jurídico le interese proteger la libre competencia en la medida en que la libertad de empresa se beneficia.

Suele exponerse que hay tres dimensiones para explicar la importancia de la competencia económica³:

- La dimensión social: Hace referencia a su cualidad favorecedora de la cooperación entre los hombres cuando tiene lugar en un sistema social libre que opera bajo el signo de la división del trabajo. El deseo de mejora de cada uno solo puede satisfacerse si se orientan las acciones individuales y producir lo que los demás desean. Sin embargo, esta orientación individual no es voluntaria.
- La dimensión económica. Hace referencia a la eficiencia que procura en la asignación de los escasos recursos de la sociedad, al movilizar a todo el que quiere mejorar para que ofrezca los bienes y servicios que produce con la mejor calidad y el menor coste.
- La dimensión moral. Superioridad ética del sistema de convivencia en que la misma brota la sociedad de libre mercado, frente a otros órdenes de carácter totalitario en los que la competencia es impedida o sesgada hacia otros fines menos nobles que el de servir a los demás.

² Esta definición corresponde a la que emplea José García Alcorta al citar a Galán Corona, E. (1977) *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, p. 39. Ver: García Alcorta, J. (2008) *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*. Barcelona: Atelier, p. 65.

³ Pascual y Vicente, J. (2002). *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*. Madrid: Civitas Ediciones S.A., p. 141.

Existe plena conformidad que competencia perfecta es un modelo abstracto e ideal. Lo alcanzable no es ese grado de perfección. Se habla, más bien, de una competencia practicable o funcional. Hay competencia funcional si “... *las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción o cuando aquellas responden satisfactoriamente a la demanda y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores en los beneficios que se derivan del progreso tecnológico y económico*”⁴

No debe llamarnos a engaño que la delimitación de la facultad inspectora, circunscrita a la competencia funcional, sea sencilla. La protección de propiedad intelectual, o los asuntos propios de competencia desleal⁵, no pertenecen a la COPROCOM y, por ende, la facultad de inspección que analizamos no está prevista para indagar sobre comportamientos propios de esos asuntos.

Conviene subrayar que la defensa de la competencia económica reporta beneficios al consumidor, en la medida en que las prácticas monopolísticas significan lucro que no se daría, en la mayoría de los casos, cuando hay conformidad de las empresas con el marco legal. Sin embargo, la posición predominante es que la protección del consumidor no constituye una finalidad inmediata de la competencia. Es por ello que las facultades de inspección no tienen como propósito una protección preponderante del consumidor⁶.

Indudablemente hay factores (semánticos, interpretativos o bien, derivados de las preconcepciones de todo funcionario público) que pueden afectar la correcta interpretación de la norma y propiciar excesos. En tal sentido, lo aconsejable siempre será que el uso de esta herramienta para obtener evidencia, sea clara en cuanto a que el objetivo que posee está directamente relacionado con la defensa de competencia

⁴. *Ibidem*, p. 149.

⁵ La competencia económica y la competencia desleal se presenta una diferenciación neta. En la competencia desleal lo ilícito es que el daño que se causa al competidor se hace por medios prohibidos.

⁶ “En lo que se refiere a la protección de los consumidores como una posible función de la competencia, la misma no se considera como tal, aunque de ella pueden derivarse ventajas para aquellos en la calidad, eficiencia, seguridad y precio de las prestaciones y servicios ofrecidos.” Así: García Alcorta (2008), Op. cit, p. 66.

económica. Claro que hay una puerta ancha para las zonas grises al momento de delimitar la protección del bien jurídico que la LPCDEC tiene como norte en su artículo 1° (prohibición de monopolios, de las prácticas monopolísticas y el funcionamiento eficiente del mercado).

B. Conductas sobre las que se ejerce.

Siendo que la facultad inspectora se ha instaurado como un medio para dar coercibilidad a la LPCDEC, y conferir efectividad en la realidad al artículo 46 de la Constitución Política, por lo que las facultades de inspección recaen tanto en las practicas absolutas como relativas –de acuerdo a la particular división que se presenta en nuestro régimen- y cubren un espectro amplio de los comportamientos de los agentes económicos. Empero, son los acuerdos horizontales sobre los que se centra el interés de cumplir con esta facultad.

Los acuerdos celebrados entre las empresas dentro de un mismo mercado con diversos propósitos, como eficiencia económica, son posibles en términos jurídicos. Las prácticas horizontales concertadas pueden tener, en cambio, el objetivo de hacer uso abusivo de un poder de mercado y en este caso la idea es no competir. Ello puede perfilar un acuerdo contrario a la ley.

Una caracterización de las practicas colusivas nos lleva a identificar como tales los acuerdos de precios, los acuerdos para producir determinada cantidad, distribución o reparto de mercados, acuerdos para cotizar de o cual manera en las compras públicas o para abstenerse de licitar (*bid-riggind*)⁷.

El denominador común es el de no competir, o dar una apariencia de tal. El efecto común de una competencia inexistente o artificial. Algunas prácticas colusorias se consideran anticompetitivas en sí mismas (*per se*) mientras tanto otras lo son sólo si resulta posible demostrar sus efectos negativos por medio de lo que se ha denominado como “regla de la razón”.

⁷ El *bid-riggind* es citado como una de los supuestos castigados por la ley que mayor cantidad de acusaciones penales genera en los Estados Unidos por el Departamento de Justicia, que ha identificado esta práctica en industrias que van desde la construcción de instalaciones eléctricas, edificaciones escolares, hasta la disposición de desechos. Así: Broder, D. (2010). U.S. Antitrust Law and Enforcement. A Practice Introduction. New York: Oxford University Press Inc., p. 48.

Desde otro punto de vista, las prácticas colusorias tienen que ver con lo explícito del comportamiento. En las colusiones abiertas la conducta está documentada entre los agentes participantes, mientras que en las colusiones encubiertas (*covert collusion*) el acuerdo no es explícito⁸.

Como podrá fácilmente apreciarse, la facultad inspectora tiene enorme utilidad ante las dificultades probatorias que tiene toda autoridad de competencia para acreditar colusiones encubiertas.

Hay una seria dificultad para determinar la presencia de colusiones encubiertas al utilizar medios probatorios de la forma tradicional. La prueba suele encontrarse en poder de los agentes económicos, quienes de todas maneras desmienten la colusión. La carga probatoria del cargo que tiene la autoridad de competencia la coloca en serios aprietos. Esto facilita que la colusión tácita sea más frecuente y arraigada que la expresa.

El Artículo 2 del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, mantiene la carga de la prueba en la respectiva autoridad nacional de competencia.

La jurisprudencia norteamericana, como es lo usual, recurre a soluciones pragmáticas. Cuando los participantes del mercado –entre quienes se sospecha de un posible acuerdo colusivo- se comportan y moldean su conducta como si tal acuerdo existiera, hay un paralelismo consciente que puede ser utilizado como base para tener por inculpada una práctica anticompetitiva. El asunto del paralelismo consciente –o bien, coordinación oligopólica de los precios- describe el proceso, por el cual las empresas de un mercado concentrado pueden, efectivamente, compartir un poder monopólico, dados sus intereses compartidos y su interdependencia, fijando los precios en un nivel de maximización de las ganancias sin competencia entre ellas.

Hay que advertir que para los tribunales de los Estados Unidos, el paralelismo consciente no es ilegal por sí solo para tener por lesionada la *Sherman Act* (históricamente la más importante en materia de

⁸ Coloma, G. (2003). *Defensa de la Competencia*. Análisis Económico Comparado. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, p. 87.

legislación antimonopolios cuyo texto ha gozado de un enorme auxilio de los jueces), sino que se requiere de factores adicionales o añadidos⁹: intercambios de información, asociaciones comerciales, condiciones de venta fácilmente reconocibles para ser emuladas, derechos de propiedad intelectual o industrial compartidos, etc.¹⁰

C. La facultad inspectora como potestad

La facultad inspectora establecida en la reforma, constituye una potestad para restringir una libertad en provecho de otra. Es decir, de acuerdo al artículo 46 de la Constitución Política existe un derecho de prestación para actuar como empresa en un mercado sin monopolios (privados) o prácticas monopolísticas de tal manera que los particulares deben abstenerse de impedir el ejercicio de de tal libertad. El Estado asume la tarea de que por su medio, será respetada y asegurada, en suma, de beneficiarse de toda acción estatal que impida toda práctica o tendencia monopolizadora¹¹.

Establecido que la competencia es necesaria para que el mercado sea eficiente pues contribuye al máximo aprovechamiento de los recursos productivos dentro del mayor grado de libertad económica¹² y establecido también que, como desde la Constitución se declara, es de interés público toda acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora (artículo 46), la potestad administrativa prevista por el legislador en el inciso g- del artículo 27 de la LPCDEC, tiene un anclaje constitucional indudable.

Ahora bien, el goce de esa mayor libertad económica, tiene como efecto que otras libertades son afectadas, como lo son la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o la privacidad de las comunicaciones, etc. La facultad inspectora que se ha establecido limita esas libertades, pero no las suprime.

⁹ Elhaug, E.; Geradin, D. (2007). *Global Competition Law and Economics*. Portland: Hart Publishing, p. 767.

¹⁰ Navarro Suay, M. (2005) *Las conductas conscientemente paralelas*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., pp. 47-48.

¹¹ Echandi Gurdián, María Lourdes. El Derecho Constitucional de la Competencia. En: VV.AA. (2009) *Constitución y Justicia Constitucional*. San José: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, pp. 474 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 474.

Frente a las facultades de inspección, los derechos fundamentales de los ciudadanos constituyen la limitación más importante a que se puedan sujetar la COPROCOM.

En primer lugar, hay información de carácter confidencial que se encuentra fuera del alcance la COPROCOM y por ende, de la facultad inspectora. Tal sería el caso de información protegida por regímenes especiales, como son lo relacionado a la propiedad intelectual. Similar protección tienen las comunicaciones del agente económico con los profesionales que lo asesoran o atienden asuntos específicos (contadores, abogados) la cual quedaría cubierta por el secreto profesional.

El otro punto –no menos relevante- es si el sujeto pasivo de la potestad está en el deber de dar a conocer información incriminante. Es bien sabido que a nadie se le puede obligar a declarar contra sí mismo y de ahí la duda.

El problema fue tratado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en dos sentencias de 18 de octubre de 1989 (Caso Orkem, asunto 374/87 y Caso Solvay, asunto 27/88), de la siguiente forma:

“Con carácter general, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros únicamente reconocen el derecho a no declarar contra sí mismo a la persona física acusada de infracción en el marco de un proceso penal. Por consiguiente, el análisis comparativo de los derechos nacionales no permite llegar a la conclusión de que exista, como común a los derechos de los Estados miembros, tal principio a favor de las personas jurídicas y en el ámbito de las infracciones de naturaleza económica, concretamente en materia de Derecho sobre la Competencia.”¹³

La garantía a no inculparse se encuentra, en efecto, constreñida al ámbito penal. El artículo 36 de nuestra Constitución alude a la materia penal, al momento de disponer que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o de sus parientes. El Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que toda persona acusada de un

¹³ La cita fue obtenida de Guillén Caramés, J. (2010). *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., p. 223.

delito tendrá derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

El asunto no se encuentra exento de polémica. Se ha hecho notar que la misma jurisprudencia mencionada parece reconocer el derecho a la no autoincriminación en otro ámbito, en el del límite de los poderes de investigación que se atribuyen a la Comisión Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que si bien es verdad que los derechos de defensa deben ser respetados en los procedimientos administrativos destinados a concluir mediante una sanción, importa evitar que tales derechos queden irremediamente comprometidos en el marco de procedimientos de investigación previos que puedan tener carácter determinante para establecer pruebas del carácter ilegal de los comportamientos de las empresas, que puedan arrastrar su responsabilidad. De esta forma, en materia de Derecho de la Competencia la Comisión Europea puede obligar a la empresa a facilitar las informaciones que le han sido solicitadas pero no puede, sin embargo, mediante una decisión de solicitud de informaciones, atentar contra los derechos de defensa reconocidos a la empresa, entre los cuales se encuentra el de no declarar contra sí misma¹⁴.

A mi parecer, este enfoque es el apropiado. Bien se sabe que las garantías para el ciudadano sometido a un proceso penal, que tanto la Constitución Política como los instrumentos internacionales de derechos humanos, son trasladables al procedimiento administrativo sancionador.

Hay otro aspecto que debe atenderse, ligado al momento en que se ejerza la facultad. La presunción de inocencia inclina a interpretar la norma del artículo 27, inciso g-, en el sentido de que la inspección se cumpla dentro de un procedimiento administrativo, o al menos dentro de una investigación preliminar tendiente a determinar si se procede al inicio del procedimiento sancionador. Como toda potestad, su ejercicio intempestivo es contrario a la forma en que los derechos fundamentales deben protegerse. La COPROCOM ha de contar con razones fundadas para la inspección sea porque se instruye una denuncia o hay una

¹⁴ Menéndez Menéndez, A. (1993). Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia. *Revista española de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas S.A., núm. 77, p. 5.

investigación en curso. La visita (en sí misma un ejercicio intimidatorio) reviste el carácter de una requisita para averiguar lo que sea y sirva para lo que sea.

La potestad que analizamos, si se ejecuta sin expediente sancionatorio abierto, debe soportarse, al menos, en una investigación preliminar en curso, que justifique su ejercicio por sospechas fundadas. Lo realmente importante es que se encuentre justificada, aún siendo sorpresiva; lo censurable es que carezca de base y se realice “para ver qué pasa”.

D. Control judicial previo.

La potestad de inspección se sujeta a un control judicial previo. No se han señalado en la reforma que se comenta las razones que fundamentan la autorización que le corresponde extender al juez. Es claro que para acceder a las instalaciones de un agente económico se afectan derechos fundamentales relativos a la confidencialidad de las comunicaciones privadas y la inviolabilidad del domicilio, entre los más destacados, por lo que el ejercicio del poder debe obedecer a motivos que demuestren la necesidad de acudir a esta medida.

En primer lugar, ya lo he subrayado, debe haber un indicio fundado. Esto limita las indagaciones que se realicen, pues se encuentran supeditadas a determinado *thema probandum*. Con ello se quiere decir que las razones que se exponen a la autoridad judicial son, al mismo tiempo, soporte y límite de la potestad, demostrando que no hay otra manera de obtener evidencia si no es accediendo a las instalaciones del agente económico.

Esto último es una situación muy frecuente cuando se trata de dotar de coercibilidad al Derecho de Competencia. Es usual que sea el propio sujeto sometido a investigación, quien posee las pruebas de una posible conducta infractora.

Es por ello que en otros ordenamientos se contemple esta facultad. En el régimen español, al modificarse la Ley de Defensa de Competencia, No. 15/2007 del 3 de julio, se incorporó este control previo a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativo, para “acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas” (artículo 40, 2. a) y para

“precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección (artículo 40, 2. e).

Hay una diferencia sustancial con España, que se ubica en que la intervención judicial se exige para el supuesto de que el afectado no conceda su consentimiento o existiese el riesgo de tal oposición.

II LAS ALTERNATIVAS A LA SANCION

A. Cambio de perspectiva: de la coercibilidad impuesta a la penalidad convenida.

La reforma permite a la COPROCOM acudir a una solución alterna para el procedimiento sancionador, finalizando el expediente si el agente económico se compromete a cesar en la conducta que le fuera intimada y a observar las condiciones que le sean impuestas. Hay más interés en dar vigencia fáctica al Derecho de Competencia, que sancionar.

Se trata, a no dudarlo, de una innovación dentro del ordenamiento jurídico costarricense, pues no existe un desarrollo similar. Está claro que el número de expedientes finalizados con una sanción es un mero dato estadístico que no refleja el cumplimiento real de la ley. El cambio de perspectiva al procurar una penalización convenida con el agente económico es fundamental

Si bien un sometimiento irrestricto al procedimiento administrativo ordinario no ha sido favorablemente apreciado al momento de establecer expedientes de corte sancionador¹⁵, con la reforma se inserta la posibilidad de una solución alternativa a una sanción¹⁶.

¹⁵ Si bien se destaca a Costa Rica, junto a Panamá, como poseedor de una situación única en la región centroamericana, por el desarrollo de un marco institucional y legal para promover la competencia, se ha subrayado que las funciones de la COPROCOM han sido más exitosas en lo que se refiere a la política de competencia, que en materia de sanciones. El uso del procedimiento administrativo ordinario que establece la Ley General de la Administración Pública ha sido la regla en la Administración Pública costarricense. En el caso de la COPROCOM, a falta de una regulación especial, su utilización es apreciada como un factor negativo por cuanto hace más lento al procedimiento sancionador. Schatan, Claudia; Avalos, Marcos (coordinadores) Condiciones y Políticas de Competencia. Economías Pequeñas de Centroamérica y el Caribe. México: FCE-CEPAL, 2006, p. 86.

¹⁶ La reforma que se ha efectuado al artículo 27, inciso h), al introducir la posibilidad de una solución alternativa a la sanción administrativa, no era

La perspectiva tradicional por la que el acto administrativo es un acto de autoridad (unilateral e irresistible) y el cauce procedimental que debía ser observado para producirlo, tiene profundamente arraigada que es un medio para resistir al poder y defenderse de sus excesos. La función administrativa de policía, destinada a preservar la seguridad y el orden público es el que mejor refleja esta concepción. El Derecho Administrativo forjado a partir del siglo XIX se ha construido en el modelo de un Estado policía o bajo el modelo de *command and control*. Para el siglo XXI, el Derecho Administrativo se sustenta sobre la intervención de una multiplicidad de modelos, instrumentos y estrategias, de un talante menos heterónomo, para dar lugar a esquemas de cooperación público-privada, mecanismos de “derecho suave”, etc.

La regulación (en nuestro caso de la actividad económica) que se presenta bajo ese modelo tradicional, tiene las siguientes notas características¹⁷:

1. El Estado es el único “productor” de normas y la regulación tiene su creación, interpretación y cumplimiento, centralizado en el poder público. La autorregulación es un fenómeno excepcionalísimo o prácticamente inexistente.
2. La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a efecto lo establecido en la norma.
3. Las normas legales son, fundamentalmente, previsiones que consignan una orden, un mandato o una prohibición. La Administración se limita a determinar si el presupuesto de hecho se cumple y a dar aplicación a la consecuencia jurídica prevista.

ignorada completamente por la Ley General de la Administración Pública. Debemos reconocer que el texto del artículo 317 concede a la parte el derecho de proponer alternativas (inciso e-). Claro está que con la redacción actual, la COPROCOM cuenta con un respaldo claro y expreso, en comparación con el que le confería la Ley General.

¹⁷ Barnes, J. editor (2008) *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, pp. 35-37.

B. ¿Es la defensa de la competencia una forma de regulación de la actividad económica?

Antes de proseguir deberíamos hacer una digresión para dilucidar si el Derecho de la Competencia no es regulación, sino que es una alternativa a la regulación¹⁸.

El Derecho de la Competencia no es, propiamente, regulación de la actividad económica, mucho menos una alternativa a ésta. Las normas de la competencia económica persiguen defender la empresa del juego incontrolado de las fuerzas del mercado. La regulación es, por el contrario, una limitación a la libre empresa, cuando ya se dispone un mercado con condiciones de competencia funcional.

Ahora bien, si la limitación a la libertad de empresa que en la regulación presenta transformaciones tan importantes como las reseñadas –muy brevemente- el Derecho de la Competencia lo que ha hecho es aprovecharse de los mecanismos que aseguren que sus fines se obtengan, participando con ello –cada vez más- de las transformaciones que se presentan en la regulación.

Es por ello, que si la autoridad de competencia puede declinar el ejercicio de la potestad sancionatoria, por cuanto el afectado se ha manifestado –de manera voluntaria- dispuesto a poner fin a las conductas presuntamente anticompetitivas que se le atribuyen y a dar observancia a las condiciones que esa autoridad le imponga, podemos apreciar que el Estado al igual que lo hace como regulador de la economía, en lugar de imponer actos unilaterales, heterónomos y obligatorios, hace uso de herramientas en las que participa libremente el agente económico que es parte del procedimiento sancionador. La autoridad de competencia abandona ese rol de aplicador mecánico de la normatividad represiva de conductas anticompetitivas para acercarse a las herramientas que la regulación emplea.

¹⁸ Cases, Lluís. Regulación y competencia. Límites y conexiones. En: Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J. directores. (2009) Derecho de la Regulación. I: Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel Portal Derecho, S.A., pp. 425 y ss.

C. Amplia discrecionalidad para admitir la terminación convencional del procedimiento.

Se presenta una alta dosis de discrecionalidad administrativa a favor de la COPROCOM para valorar las condiciones a las que deberá sujetarse la parte, que deja su lugar como posible infractor, para ser parte del cumplimiento libre y espontáneo de la ley. El procedimiento administrativo en la que la parte intimada asumía una posición defensiva, es ahora, quien contribuye, activamente, a dar efectividad a las estipulaciones legales para la defensa de la competencia. Pero ante el cese de las prácticas irregulares y para hacer posible que el expediente no culmine con una sanción, la COPROCOM posee un margen de apreciación para sopesar las bondades y méritos que poseen –en ese caso específico- las medidas alternativas para la defensa de la competencia.

Lo que si es preciso es determinar que la propuesta de terminación convencional debe partir del particular en el expediente, de tal manera que la Comisión sea la que avale lo sometido o le sugiera modificaciones. Tales intercambios no deberían ser interminables, sino limitarse a un número pre-definido de rondas, pasadas las cuales se llegue a un acuerdo o bien, abierta una fase destinada a una terminación convencional, deba finalizarse por falta de consenso sin posibilidad de reabrirse.

D. Ejecutividad del acuerdo de terminación.

La decisión de la COPROCOM por la cual se procede a la terminación convencional de un procedimiento sancionatorio tiene un amplio espacio para que ésta aprecie la conveniencia o mérito de las condiciones.

Estos compromisos son de obligatoria observancia. En Inglaterra, los compromisos asumidos por el agente económico pueden ser sometidos a los Tribunales para asegurar su cumplimiento, o bien, ser impugnados por aquellas personas con suficiente interés (legitimación) para solicitar su revisión judicial¹⁹.

¹⁹ Slot, P.J.; Johnston, A.C. (2006) *A Introduction to Competition Law*. Portland: Hart Publishing, p. 224.

En nuestro país el acuerdo de terminación reviste (o debe revestir) el carácter de acto administrativo, de tal forma que pueda ejecutarse por los procedimientos de ejecución de sentencias, conforme lo permite el artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública.

En todo caso, no es un indulto. Si hay un incumplimiento de las condiciones a las que se compromete quien se encontraba sometido a un expediente sancionador, el caso puede reabrirse.

E. Ventajas y desventajas

La primera ventaja que se obtiene es la celeridad que adquiere el curso del procedimiento administrativo. Como se recordará, la lentitud en el avance del expediente que presenta dadas las regulaciones de la Ley General de la Administración Pública en torno a las formalidades que requiere el procedimiento ordinario, es una de las críticas que se han formulado.

Otra ventaja es que los compromisos que pueden ser asumidos constituye un universo amplísimo, que da entrada a soluciones que sean las más adecuadas para el caso, de acuerdo con sus circunstancias particulares.

En cuanto a las posibles desventajas, quizá la más importante lo sea su efectividad. En España la Ley 15/2007 del 3 de julio, de Defensa de la Competencia, permite en su artículo 52, disponer la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público. El Real Decreto 261/2008 del 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, desarrolla en su artículo 39 esta forma de finalizar el procedimiento sancionador. Al efecto, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá definirse que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso, podrá conceder un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados, caso contrario se instará la continuación del procedimiento sancionador.

En la utilización del mecanismo en ese país, se ha acusado un “relativo fracaso” de la figura de terminación convencional del procedimiento sancionatorio, pues se ha producido en un número muy reducido de casos²⁰.

Una situación que puede ser un factor determinante para su exitosa aplicación es que la reforma se inclina por fijar un límite para que la alternativa a la sanción se presente: antes de celebrarse la audiencia.

La puesta en aplicación en España opta por una valoración temprana de una propuesta de terminación convencional, pues “... cuanto más avanzada está la fase de instrucción de un expediente, más desdibujado queda el efecto de satisfacción del interés público que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente y que permite una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada”²¹. La inquietud que origina esta postura es que, al establecerse que la propuesta pueda presentarse hasta antes de la audiencia oral, tenga los efectos inversos y más bien, propicie la falta de experiencias exitosas.

La audiencia es importante para configurar el panorama de lo investigado. Antes de la comparecencia lo que se tiene son los hechos que arrojaba una investigación preliminar. Comprender el marco fáctico es vital para que exista una congruencia apropiada entre las condiciones que se van a imponer a la parte, comprensión que es mayor cuando se ha producido la audiencia oral, se han presentado los argumentos de descargo y la prueba pertinente.

Sin perjuicio de la evidente finalidad defensiva que tiene la comparecencia, también constituye un mecanismo de primera magnitud para contar con los elementos de juicio que harán posible una apreciación

²⁰ Allendesalazar Corcho, R. (2005) La terminación convencional de los procedimientos sancionadores de la Ley de Defensa de la Competencia. En: Martínez Lage, S.; Petitbò, A. (directores). La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., p. 449. Para la fecha de su publicación, señala que tan solo un caso ha terminado por acuerdo.

²¹ Comisión Nacional de la Competencia. *Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores*. Octubre de 2011. Recuperado el 5 de noviembre de 2012 del sitio web: www.ccompetencia.es

más certera de las circunstancias fácticas y jurídicas del supuesto en cuestión, y que favorecerán, conforme a las particularidades del caso, una mayor eficacia de la aceptación de la propuesta o de los alcances de los compromisos que establezca la COPROCOM²².

Cuando existen varias partes intimadas dentro de un mismo expediente sancionatorio, no es prudente cerrar la posibilidad de una terminación de este corte convencional a una de ellas por la sola consideración numérica de que existen más imputados en el caso. Las circunstancias que rodean la situación de una parte intimada puede ser separable de las demás y tratarse de forma especial, para ser susceptible de una finalización convencional. La buena acogida de una propuesta por parte de uno de quienes han sido intimados, bien puede alentar a que las demás empresas involucradas procuren un arreglo sin verse expuestas a una sanción.

APRECIACIONES FINALES

Los problemas para dar coercibilidad a la legislación para la defensa de la competencia económica son los que han motivado que la reforma a la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, incorpore dos importantes facultades. La primera ha sido la inspección de las instalaciones de los agentes económicos a la cual se une la posibilidad de terminación convencional del procedimiento sancionador.

De manera similar a lo que ocurre con las facultades tributarias y con las obligaciones patronales de seguridad social, el Estado incorpora la competencia como una de las actividades sobre las cuales puede llevar adelante una potestad de inspección.

Ese carácter de potestad, o sea ejercicio del poder estatal sobre la esfera de los particulares y más concretamente, sobre sus derechos

²² Cierco Seira, C. (2001) "La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia. A propósito del Reglamento (CE) núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE". Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, número 155, p. 282.

fundamentales, hace que la misma deba ser regulada con mayor precisión, por medio de instrumentos como el propio reglamento a la ley sin descartar la necesidad de elaborar guías y manuales que establezcan un protocolo apropiado para el correcto ejercicio de la potestad con el paralelo respeto de los derechos fundamentales de los particulares.

En cuanto a la terminación convencional del procedimiento sancionador, no se cuenta con una práctica similar, pero sin que sean meros augurios, es igualmente necesario que sean los mecanismos infra legales los que vengan a precisar esta novedosa forma de finalización de un proceso sancionador, con miras a que no se convierta en letra muerta, tal y como ha acontecido en España en que su uso es casi nulo.

Situaciones como limitar la ronda de propuestas, para que exista una ventana temporal bien definida dentro de la cual sea posible que se valore la propuesta que haga el particular –siempre a su iniciativa- evita interminables discusiones del particular quien puede abusar de esta posibilidad para dilatar el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Barnes, J. editor (2008) *La transformación del procedimiento administrativo*. (Sevilla: Editorial Derecho Global)
- Broder, D. (2010). *U.S. Antitrust Law and Enforcement. A Practice Introduction*. (New York: Oxford University Press Inc.)
- Cierco Seira, C. (2001) *La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia. A propósito del Reglamento (CE) núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*
(Madrid:, Centro de Estudios Constitucionales, Revista de Administración Pública No. 155).
- Coloma, G. (2003). *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. (Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura)
- Comisión Nacional de la Competencia. *Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores*. Octubre de 2011.

RONALD HIDALGO CUADRA: la terminación convencional del procedimiento y las facultades inspección en el derecho de la competencia

Recuperado el 5 de noviembre de 2012 del sitio web: www.ccompetencia.es Echandi Gurdíán, María Lourdes. *El Derecho Constitucional de la Competencia*.

(En: VVAA. (2009) Constitución y Justicia Constitucional. San José: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial).

Elhauge, E.; Geradin, D. (2007). *Global Competition Law and Economics*. (Portland: Hart Publishing)

García Alcorta, J. (2008) *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*. (Barcelona: Atelier)

Guillén Caramés, J. (2010). *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia* (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A)

Martínez Lage, S.; Petitbò, A. (directores). *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A)

Menéndez Menéndez, A. (1993). *Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia*. (Madrid: Editorial Civitas S.A., Revista española de Derecho Administrativo núm.77)

Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J. directores. (2009) *Derecho de la Regulación. I: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. (Madrid: Iustel Portal Derecho, S.A).

Navarro Suay, M. (2005) *Las conductas conscientemente paralelas*. (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.) Pascual y Vicente, J. (2002).

Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Madrid: Civitas Ediciones S.A)

Schatan, Claudia; Avalos, Marcos (coordinadores) *Condiciones y Políticas de Competencia. Economías Pequeñas de Centroamérica y el Caribe* (México: FCE-CEPAL, 2006).

Slot, P.J.; Johnston, A.C. (2006) *A Introduction to Competition Law*. (Portland: Hart Publishing).