

Informe de Investigación

Título: Jurisprudencia sobre monopolios y derecho del consumidor

Rama del Derecho: Derecho Comercial.	Descriptor: Derecho del Consumidor.
Palabras clave: Prácticas monopolísticas absolutas y relativas, Sanciones, Concepto, Alcance, Imputación de sanciones.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05 – 2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Normativa	2
Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.....	2
Artículo 11°.- Prácticas monopolísticas absolutas.....	2
Artículo 12°.- Prácticas monopolísticas relativas.....	2
3 Jurisprudencia	3
a)Concepto y alcances de las prácticas monopolísticas absolutas y relativas.....	3
b)Prácticas monopolísticas: Inexistencia con respecto a la Asociación de Transporte Aéreo ante falta de prueba.....	6
c)Corredor de bienes raíces: Carácter monopolístico de reforma al Código de Ética....	11
d)Prácticas monopolísticas: Ilegalidad de la práctica de fijar precios iguales entre agentes económicos que participan en un mismo mercado.....	13
e)Prácticas monopolísticas: Concepto y alcances de las absolutas y las relativas.....	16
f)Imputación de sanción por prácticas monopolísticas absolutas de fijación de precios y de intercambio de información.....	23

1 Resumen

Recopilando jurisprudencia sobre los monopolios en la materia de defensa del consumidor, se muestra el tratamiento de los tribunales cuando se han dado casos de “prácticas monopolísticas” y las sanciones que acarrearán a quienes incurren en ellas.

2 Normativa

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor¹

Artículo 11°.- Prácticas monopolísticas absolutas.

Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.
- d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

Para la aplicación de este artículo, la Comisión para promover la competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado de los productos cuyos suplidores sean pocos.

Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos.

Artículo 12°.- Prácticas monopolísticas relativas.

Sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.
- b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.
- c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.

- d) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
- e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.
- f) La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal.
- g) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.

3 Jurisprudencia

a) Concepto y alcances de las prácticas monopolísticas absolutas y relativas

[Trib. Contencioso Administrativo Secc. VI]²

Voto de mayoría

“IV.- SOBRE EL PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS. La Sala Constitucional ha reconocido, entre otros, en el Voto No. 1195-91, que en el artículo 46 de nuestra Carta Magna se consagra el principio de **libertad empresarial**. Dentro de esalibertad, se ubica la libre competencia y la defensa de ésta como límite de la primera. Del texto constitucional, se deducen, además de **la libertad de empresa y el mercado, los derechos fundamentales del consumidor**, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos y derechos instrumentales necesarios para garantizar esos derechos fundamentales, como la información, la educación y la participación de organizaciones propias con el apoyo estatal. En general, del citado numeral se puede inferir tres intereses: **de los empresarios o competidores, el de los consumidores y el del mercado**. Esa concurrencia de intereses, públicos y privados, refleja un **modelo social de competencia**, caracterizado porque toma en consideración tanto la defensa del interés privado de los empresarios como la del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. La tutela de ese modelo se refleja en una serie de normas tales como la Ley No. 7472, de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la Ley No. 7593, de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y la Ley No. 7732, Reguladora del Mercado de Valores, entre otras. En lo que interesa a este proceso, debe señalarse que, sin duda, la protección de la competencia se torna indispensable dentro de una economía de mercado, a efectos de prevenir y eliminar aquellas circunstancias que se configuran en impedimentos para la libertad de empresa, en sus diversas vertientes, pudiendo llevar con ello al entorpecimiento del mercado mismo. En este sentido, la citada Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor surge como una necesidad real en un momento determinado y bajo una



coyuntura económica y social muy particular de cambio, en la que la liberación de los mercados tomó una relevancia importante en la economía nacional. En su artículo primero, se señala que su objetivo es proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y la libre concurrencia mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de regulaciones innecesarias para las actividades económicas. Ello por cuanto el acceso al mercado como agente económico es consecuencia del ejercicio de la libertad de empresa. Ese ejercicio y permanencia en el mercado, implica una variedad indeterminada de relaciones con otros agentes económicos y con consumidores, siendo que las actuaciones de todos ellos han de ser lo más transparentes posibles. Interesa en este proceso lo relacionado con el ejercicio de prácticas monopolísticas que afectan la competencia. Desde este plano, como se dijo, la citada Ley No. 7472 establece una serie de normas que regulan la defensa de la competencia. Así, el artículo 10 prohíbe los monopolios públicos o privados y las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él, con las salvedades indicadas en el artículo 9 de la misma Ley. Ahora bien, estas prácticas monopolísticas pueden ser de dos tipos, absolutas y relativas. Las **prácticas monopolísticas absolutas** son aquellos acuerdos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, que restringen la competencia. Es decir, son de carácter horizontal, en el tanto se dan en un mismo nivel del mercado. Este tipo de prácticas constituye una amenaza para la competencia toda vez que si las empresas acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a los consumidores, limitando la oferta de bienes y servicios y ganando utilidades como si fueran un monopolio. En general, la Ley No. 7472 establece, en su numeral 11 define las prácticas monopolísticas absolutas como los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes situaciones: a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios. c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables. d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Conforme a la misma norma, este tipo de prácticas son nulas de pleno derecho y se sancionará a los agentes económicos que incurran en ellas. Para determinar la ilegalidad de estas prácticas, no es necesario valorar el tamaño del agente económico involucrado, sus motivaciones o justificaciones, ni el tamaño del mercado afectado o sus efectos; sino que basta que se comprueben los supuestos que establece el ordinal 11, esto es, que los agentes participantes son competidores entre sí y que esos agentes económicos han incurrido en alguna de las conductas tipificadas en la norma. En relación con las **prácticas monopolísticas relativas**, éstas se definen como los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas. Se realizan normalmente entre empresas que operan en diferentes niveles del mercado o fases del proceso productivo, de tal forma que obstaculizan o impiden el proceso de competencia y libre concurrencia en tales niveles. Por tal motivo, son también denominadas de carácter vertical. El artículo 12 de la Ley que se analiza, las define como: a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí. b) La imposición de precio o las demás



condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios. c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad. d) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros. e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico. f) La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal. g) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada. Ha de señalarse, eso sí, que las prácticas relativas también pueden tener efectos pro-competitivos y pro-eficiencia, por lo que, para determinar su ilegalidad y perjuicio para la libre competencia, los ordinales 13, 14 y 15 de la norma legal en estudio, imponen la necesidad de que se compruebe la concurrencia de tres elementos. **Primero**, que se haya incurrido en una de las conductas descritas, esto es comprobar alguno de los supuestos de hecho que señala el artículo 12 ibídem. **Segundo**, que el agente económico que comete la práctica tenga poder sustancial en el mercado relevante. A grosso modo, puede definirse el **mercado relevante** como el conjunto de productos o servicios que el consumidor considera sustituibles. Se constituye en un parámetro relativo de espacio y tiempo, en virtud de las necesidades propias de los consumidores, quienes deberán priorizar las a efectos de determinar en un momento y espacio cuáles bienes o servicios pueden ser sustituidos por otros de igual condición. Los criterios para determinar el mercado relevante que establece el artículo 14 ibídem son los siguientes: a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución. b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios. c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados. d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos. Por otra parte, **el poder sustancial en el mercado** es la capacidad que pueda tener un agente económico en un nivel diferente al de consumidor, para fijar unilateralmente los precios o bien restringir en forma sustancial las etapas de distribución del mercado relevante, sin que los demás agentes puedan hacer algo para impedirlo. El ordinal 15 de la Ley de Marras señala que para determinar si un agente económico tiene ese poder, debe considerarse su participación en ese mercado, incluyendo la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder; la existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores; la existencia y el poder de sus competidores; las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos; su comportamiento reciente; y todos los demás criterios análogos que se establezcan en el Reglamento de esa Ley. Que el agente económico que comete la práctica tenga un poder sustancial en el mercado relevante es fundamental porque aunque se acredite alguna de las conductas descritas como prácticas monopolísticas relativas, si el agente no tiene este poder en el mercado, la conducta no resulta ilegal y en ese tanto no es sancionable. **Tercero**, los efectos anticompetitivos de la práctica, esto es, que tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Finalmente, debe señalarse que la misma Ley de Promoción de la

Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en su ordinal 21, otorga competencia a la Comisión para Promover la Competencia para conocer, de oficio o por denuncia, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado y para, una vez concluido el procedimiento administrativo correspondiente, imponer la sanción que corresponda, de conformidad con los numerales 28 y 29 de la misma ley. ”

b)Prácticas monopolísticas: Inexistencia con respecto a la Asociación de Transporte Aéreo ante falta de prueba

[Trib. Contencioso Administrativo Secc. IX]³

Voto de mayoría

“VI. SOBRE EL FONDO. En la especie con fecha 20 de marzo del 2003, la Asociación Costarricense de Agencias de Viajes y otras empresas, denunciaron ante la Comisión de Promoción de la Competencia (en lo sucesivo la Comisión) la existencia de prácticas monopolísticas que violentaban las disposiciones de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor por parte de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA). La Comisión luego de haber realizado una investigación preliminar mediante el acuerdo adoptado en la Sesión No.12-2004, artículo 14 celebrada el 20 de abril del 2004, rechazó la denuncia al considerar la inexistencia de prácticas de comercio que constituyeran prácticas monopolísticas absolutas o relativas por parte de IATA. Asimismo, la Comisión mediante Acuerdo No. 03-2005, artículo 4 celebrada el 25 de enero del 2005, rechazó el recurso de reposición que fuera formulado contra el citado acuerdo, dando por agotada la vía administrativa. El representante de las actoras, recurre en ésta vía solicitando la nulidad del acuerdo que rechazó la reconsideración formulada y la indemnización de los daños y perjuicios irrogados, así como el pago de las costas. Conforme a los argumentos que se dirá, la demanda interpuesta debe ser declarada sin lugar. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472 del 20 de diciembre de 1994, establece como su objetivo principal la protección efectiva de los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas absolutas y relativas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas. El artículo 10 de citada ley establece la prohibición y sanción de los monopolios públicos o privados y las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida, con las salvedades indicadas en el artículo 9 Ibidem. Por su parte el artículo 11 establece como prácticas monopolísticas absolutas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos: "(..) a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. (..) c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela,

los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.(..)" Señala el citado artículo que los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos. Por su parte el artículo 12 establece en lo conducente que sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos: "(...) b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios. c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad. (..) e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico (..) g) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada. El artículo 13 *Ibidem* establece que para considerar violatorias de esta Ley las prácticas monopolísticas relativas, debe comprobarse que el presunto responsable tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante y que se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate. Conforme las regulaciones supra citadas, la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor regula ciertas conductas como prácticas restrictivas de la competencia, distinguiéndose las denominadas prácticas horizontales o absolutas (acuerdos entre competidores) y las verticales o relativas (acuerdos entre productor y distribuidor). Conforme lo requerido por el artículo 13 de la Ley 7472 para considerar la existencia de prácticas monopolísticas relativas, debe comprobarse que el presunto responsable tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante y que se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate y que exista un abuso en la posición de dominio dentro del mercado. La posición de dominio en el mercado se da cuando una o más empresas actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no se hubieran generado de no existir la posición de dominio. Se trata de prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas constituyen un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de un mercado con objeto de restringir la competencia.

VII. En cuanto a la inexistencia de prácticas monopolísticas. El actor no señala específicamente cuales son las disposiciones contenidas en la Ley 7472 que han sido violentadas por parte de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional, limitándose a solicitar en su demanda la nulidad del acuerdo adoptado por la Comisión de Promoción de la Competencia por medio del cual se ordenara el archivo de la denuncia formulada en vía administrativa por la accionante, con el fin de que en ésta vía se determine que las acciones contenidas en los hechos de la demanda constituyen prácticas monopolísticas. La resolución dictada por la Comisión para Promover la Competencia en el acuerdo adoptado en la Sesión No.12-2004, artículo 14 celebrada el 20 de abril del 2004, estableció la inexistencia de violación de las disposiciones establecidas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en el tanto los hechos denunciados no constituyen prácticas o acciones por parte de la Asociación demandada que constituyeran prácticas monopolísticas absolutas o relativas. De un análisis de los términos de la demanda y de las pruebas aportadas a los autos, este Tribunal considera que no se ha demostrado la existencia de prácticas monopolísticas absolutas o relativas en la actuación de la accionada, ni las violaciones acusadas por las actoras a las disposiciones contenidas en los artículos 11 inciso a y c) y 12 incisos b), c) y e) de la ley 7472 por parte de la Asociación demandada, conforme se



procede a detallar: **a)**- En cuanto a la presunta violación de las disposiciones establecidas en el artículo 11 inciso a) de la Ley 7472 por acuerdos relativos a modificaciones en las remuneraciones a las agencias de viajes. El artículo 11 de la ley 7472 establece como prácticas monopolísticas absolutas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con el propósito de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. Del análisis de los autos, no se ha acreditado la existencia de un acuerdo en este sentido entre IATA y las Agencias de Viajes miembros de esa Organización, que permita acreditar la existencia de una práctica monopolística absoluta. **b)**- En cuanto a la presunta violación de lo dispuesto en el artículo 12 inciso b) de la Ley 7472, relativo a la imposición de condiciones que deben cumplir las agencias de viajes para ser acreditadas y formar parte de IATA. El citado inciso establece que se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en caso de la imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios. El actor no ha comprobado que las condiciones establecidas por IATA para formar parte de ésta Organización, constituyan formas para lograr el desplazamiento indebido de las agencias de viajes en el mercado de venta de los boletos aéreos, ni el establecimiento de un impedimento sustancial de acceso al mercado, o que las ventajas de facilidad de crédito otorgadas a las agencias miembros de IATA, constituyan ventajas exclusivas para imponer un precio u otras condiciones que fundamentalmente la existencia de una práctica monopolística relativa como la alegada. En efecto, este Tribunal avala las consideraciones de la Comisión para Promover la Competencia en el sentido de que las regulaciones establecidas por IATA en cuanto a la imposición de condiciones contractuales que deben cumplir las agencias de viajes para formar parte de IATA, entre ellas los criterios de acreditación, el pago de cuotas de ingreso y cuotas anuales, evaluaciones financieras, garantías económicas, el retiro de las placas para vender los boletos de los transportistas, el cumplimiento de normas de seguridad y la obligación de avisar previamente los cambios de local, propietario y capital social, constituyen medidas razonables para el ingreso a esa Organización, en el tanto constituyen condiciones relacionadas con la seguridad en el giro de la actividad comercial de las agencias de viajes, que se traduce en seguridad para el transportista y los consumidores. Las citadas disposiciones son requerimientos propios de la relación comercial entre los agentes y no conductas que puedan tener un efecto u objeto anticompetitivo en violación de las disposiciones contenidas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Por otra parte, la facilidad crediticia que ofrece IATA a las Agencias que se acrediten en dicha organización exige requisitos financieros y de capacidad del personal, para garantizar que la agencia de viajes es responsable por los boletos en blanco, por las placas validadoras de los boletos aéreos y por los fondos cobrados a los consumidores, requisitos que no tienen ningún efecto restrictivo al ejercicio del comercio y constituyen un medio para asegurar la responsabilidad de los valores manejados por las agencias de viajes y para garantizar su liquidez. Los requisitos financieros solicitados por IATA no constituyen una limitante para la operación de las agencias de viajes, siendo que en todo caso la operación de tales agencias no está supeditada a su acreditación ante IATA y además las agencias de viajes pueden negociar la venta de tiquetes directamente con las aerolíneas sin necesidad de formar parte de la citada Asociación. No se han aportado pruebas por parte de las actores - salvo su dicho- para acreditar sus argumentaciones en el sentido de que para ingresar en el negocio de agencia de viajes se debe contar con la autorización previa y expresa de I.A.T.A. y que para mantenerse en el negocio de las agencias de viajes, se debe cumplir con todas y cada una de las regulaciones normativas que esa empresa determine y que la violación a las normas (resoluciones de IATA) implica la salida del mercado de la venta de pasajes aéreos para las



agencias de viajes. Los requisitos de presentación de estados financieros, certificados por un contador público y de garantías bancarias, son requisitos que normalmente se solicitan en el comercio cuando un agente económico va a ser sujeto de crédito. Conforme bien lo consideró la Comisión para promover la Competencia, el manejo de boletos aéreos por parte de las Agencias de Viajes puede considerarse como una actividad de alto riesgo por el valor económico y la facilidad de transmisión de los mismos, por lo que es lógico que IATA y las aerolíneas se vean en la necesidad de exigir que los agentes económicos cumplan con ciertos requisitos de seguridad, liquidez, solidez financiera y personal capacitado, acciones que aunque pueden constituir una limitante para el ejercicio del comercio de ciertos agentes, no tienen efectos anticompetitivos. Asimismo la acreditación de IATA no es requisito para operar la actividad para las agencias de viajes en el país, ni tampoco es requisito para entablar negociaciones con las líneas aéreas asociadas a IATA, ya que éstas también pueden mantener relaciones comerciales con agentes que no forman parte de dicha Asociación, aunque en condiciones menos beneficiosas al no contar con el crédito para la cancelación de boletos que gozan las agencias acreditadas ante IATA. Corresponde a una decisión de empresa por parte de las agencias de viajes el formar parte de la organización con el fin de tener acceso a algunas facilidades, principalmente de crédito. Las transacciones a través del sistema de facturación y pago (BSP), constituye un sistema de compensación de pago entre los agentes de viajes y las aerolíneas que permite a las agencias de viajes reducir costos, ya que le permite realizar un solo reporte de ventas y un único pago por la totalidad de los boletos vendidos y no el hacer la liquidación a cada aerolínea, por lo que la actividad no constituye una práctica anticompetitiva. **c)**- En cuanto a la denuncia de repartición de cuotas de distribución y ventas y la presunta violación de las disposiciones contenidas en el artículo 11 inciso c) y 12 inciso c), de la ley 7472. El artículo 11 inciso c) de la ley 7472, establece como una práctica monopolística absoluta dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables. Por su parte el inciso c) del artículo 12 establece como práctica monopolística relativa la venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad. Las empresas actoras no han acreditado por medio de prueba fehaciente la existencia de prácticas por parte de la demandada en el sentido requerido por las citadas disposiciones legales para considerar la existencia de prácticas monopolísticas absolutas o relativas, siendo que conforme lo establecido por el artículo 317 del Código Procesal Civil, aplicable a la especie por dispensa del artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, la carga de la prueba le incumbe a quién formule una pretensión respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. **d)**- Argumentan las actoras violación de las disposiciones del artículo 12 inciso e) de la ley 7472, en razón de que ante la falta de pago de una agencia a una línea aérea, se genera una presión de las demás, de manera que se restringe la actividad de la agencia, hasta tanto le cancele a la línea acreedora. Estima este Tribunal que el agravio deviene en improcedente, toda vez que la citada disposición legal establece como una práctica monopolística relativa la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico. En el sub-judice las actoras no han acreditado la existencia de una cláusula o acuerdo entre IATA y las aerolíneas en el sentido denunciado. Además, conforme lo indican las actoras, de acuerdo con lo establecido en los contratos suscritos con las Agencias de Viajes, ante un incumplimiento se prevee la suspensión del crédito y la imposición de otro tipo de medidas, culminando con la desacreditación de la respectiva agencia de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional. En criterio de ésta Cámara, dichas disposiciones no constituyen prácticas monopolísticas relativas conforme a la tipificación establecida en la Ley 7472, toda vez que dichas medidas serían aplicadas únicamente a las Agencias que voluntariamente formen parte de IATA y por ende no son de aplicación, ni



imposibilitan el ejercicio de la actividad comercial de las Agencias que no forman parte de dicha Asociación. **e)**- Habiéndose descartado la existencia de prácticas monopolísticas relativas por parte de la Asociación demandada, carece de interés el análisis de lo afirmado por la actora en el sentido de que la demandada tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante, dado el porcentaje que representan las líneas aéreas afiliadas a IATA dentro del tráfico aéreo internacional y en el país respecto del servicio de pasajeros y carga internacional. De conformidad con lo establecido por el artículo 12 de la Ley 7472, la determinación de la existencia de prácticas monopolísticas relativas queda sujeta a la comprobación de los supuestos establecidos en los artículos 13, 14 y 15 esto es, que el presunto responsable de la práctica anticompetitiva tenga un poder sustancial en el mercado relevante y que las prácticas se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados en el mercado relevante del que se trate. Conforme se establece en la disposición del artículo 12 de la Ley 7472, el análisis respecto de si el agente al que se le atribuye una práctica anticompetitiva tiene o no un poder sustancial en el mercado, tiene como presupuesto y condición la existencia de que una práctica monopolística relativa, misma que no ha sido acreditado en autos por parte de las actoras. En todo caso, no han comprobado las accionantes por medio de prueba idónea su afirmación en el sentido de que IATA es quién determina sus propios costos de distribución y costos de venta, y restringe la oportunidad a los consumidores y agencias de viajes de acudir a otros proveedores y mercados. Si bien podría pensarse en tesis de principio que por el porcentaje de aerolíneas que se encuentran afiliadas a la citada Organización en el país, podría existir imposibilidad de sustituir el bien y de acudir a otros proveedores o mercados, es lo cierto que las agencias de viajes pueden negociar directamente con las aerolíneas la venta de los boletos sin necesidad de pertenecer a IATA, por lo que las argumentaciones del representante de las actoras en este sentido deviene en improcedente. **f)**- En cuanto a la venta directa de boletos aéreos por internet y sistema de millajes y descuento a clientes que ha sido denunciado por las actoras, este Tribunal coincide con las argumentaciones que fundamentan la resolución de la Comisión para Promover la Competencia, en el sentido de que éstas prácticas constituyen una estrategia de distribución de boletos por parte de las líneas aéreas, tendientes a incrementar la venta y que resultan en todo caso beneficiosas para los consumidores al existir una reducción de precios de los boletos y el otorgamiento de descuentos, por lo que no constituye una práctica anticompetitiva. **g)**- Los aspectos señalados por las actoras en el hecho décimo de la demanda numerados del 1 al 31, se encuentran referidos a requisitos que deben cumplir los agentes y las agencias de viajes para el ingreso a la Asociación de Transporte Aéreo Internacional, el cumplimiento de obligaciones para mantener su acreditación en IATA, los procedimientos para la toma de decisiones y el régimen de sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones. Dichos argumentos constituyen aspectos de índole contractual que deben cumplir los miembros que deseen mantenerse en dicha organización y no son disposiciones que en criterio de éste Tribunal limiten ni restrinjan el ejercicio del comercio y por ende constituyan prácticas monopolísticas. En caso de que las actoras consideren que dichas condiciones constituyen cláusulas abusivas de derecho contenidas en un Contrato de Adhesión, de conformidad con lo establecido por los artículos 42 y 46 de la Ley 7472, deberá discutirlo en la vía correspondiente, toda vez que por disposición legal expresa, no le corresponde a ésta vía determinar la legalidad de este tipo de cláusulas, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales competentes conocer de la inconformidad de las actoras, en caso de considerar que dichos requisitos constituyen cláusulas abusivas. ”

c) Corredor de bienes raíces: Carácter monopolístico de reforma al Código de Ética

[Sala Primera]⁴

Voto de mayoría

“III.- En realidad los primeros tres motivos expuestos por el recurrente giran en torno a una misma temática. Quien gestiona este recurso critica que el Tribunal determinara válida y legítima la pena impuesta por la Comisión para la Promoción de la Competencia, pues en su criterio, para imponerla debió comprobarse que en la especie se causara algún perjuicio, el que alega, en la especie no se acreditó. Reprocha además que los jueces de alzada estimaron que el análisis sobre la posible lesión y su eventual incidencia en el mercado resultaba irrelevante. A partir de su tesis, el casacionista expone una serie de cuestionamientos respecto al bien jurídico tutelado en el subexámine, donde afirma resulta determinante el dolo y la demostración de culpabilidad del sujeto activo y el resultado lesivo para poder castigarle. En primer lugar, debe apuntarse, este recurso únicamente invoca motivos de violación directa de la ley, con lo cual, al no cuestionarse de modo alguno el cuadro fáctico, se parte de que el recurrente no difiere de los hechos que se tuvieron por probados e indemostrados en la resolución impugnada. En resumen, en el caso concreto, la Asamblea General de la Cámara Costarricense de Corredores de Bienes Raíces, acordó modificar algunos artículos de su Código de Ética, específicamente los numerales 14, 19, 20, 21, 27 y 49. En concreto, la reforma se enfatiza en algunos puntos, como evitar prácticas de competencia desleal entre los corredores de bienes raíces, o sea, evitar publicidad o actos que tiendan a monopolizar el mercado, donde las denuncias serían avaladas por el Tribunal de Ética o el Consejo de Alzada de la CCCBR, ya se reciban por medio de declaración de parte o se realicen de oficio. En cuanto a la comisión por alquiler de propiedades, se estableció que el corredor pactará con su cliente los honorarios, en su defecto, se presume lo que indica “*el uso y la costumbre*”, que para el caso es de un 100% del alquiler del primer mes cuando el contrato tenga una duración no menor a un año. Si el contrato es por un tiempo más corto, el agente tendrá derecho a un 25% del primer mes por el primer trimestre y el resto de manera proporcional al plazo contratado. También se hizo referencia a la comisión por administrar alquileres. En primera instancia prevalecerá el acuerdo entre partes, a falta de éste, el corredor puede obtener de un 5% a un 10% si su función se limita al cobro de la mensualidad, y de un 10% a un 20%, si además de lo anterior, realiza funciones propias de administración, además, salvo pacto en contrario, el agente puede recibir la comisión correspondiente en caso de que alquile el inmueble gestionado. Con respecto a la venta de inmuebles, las partes pactarán la comisión por este acto, en caso de omitirlo, se estará al “*uso y costumbre*”, sea un 5% sobre el total real de la venta. Deberá el agente, recaudar el porcentaje del impuesto de ventas sobre el monto de la comisión y abonarlo al Fisco oportunamente. Cuando un corredor ponga en contacto al agente del vendedor y el del comprador, a falta de convenio escrito, se prevé que este acto de enlace tenga unos honorarios del 20% del total del negocio. En caso de que terceros ajenos a la profesión soliciten participar, por referir a un cliente se prevé que la ganancia no sea mayor al 10% de la comisión del corredor que obtuvo el cliente, en virtud de ese contacto, salvo pacto en contrario. Finalmente se establecieron sanciones por las faltas que se cometan contra los Estatutos de la Cámara, sus reglamentos o incumplimiento de las normas del Código de Ética. La Comisión para Promover la Competencia inició de oficio un procedimiento



administrativo sancionatorio contra los representados del casacionista, puesto que estimó que con el contenido de aquella normativa incurrieron en una práctica monopolística absoluta, que el numeral 11 inciso a) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor impide realizar, otorgándoseles un mes de plazo para que modificaran los términos de la reforma realizada, de tal forma que se omitiera toda referencia en cuanto a porcentajes u otro tipo de indicaciones respecto a usos y costumbres en el medio, que pudieran sugerir en alguna forma “*un precio*”. A partir de allí se ponderaron las reformas dichas, como prácticas monopolísticas absolutas, pues en la nueva regulación se establecieron tarifas de referencia para las comisiones de diversas actividades, no en defecto de acuerdo previo entre las partes, sino en lugar de convenio, cuando este no pudiese ser probado, en sustitución de la voluntad de los contratantes. En tal sentido, señalaron los juzgadores, el precio sustitutivo a falta de prueba sobre el pactado, vendría a utilizarse como parámetro de comparación en los precios, lesionando la libre competencia de la actividad de correduría de bienes raíces, aún tratándose de los asociados a la Cámara Costarricense de Bienes Raíces. De lo anterior, se estimó se trataba de una práctica monopolística absoluta, que por su naturaleza, obliga a la nulidad de la conducta sancionada, sin que se requiera el análisis de la posible lesión. Como puede notarse, en los primeros tres agravios, pese a los múltiples cuestionamientos que se enlistan, no se concreta de modo alguno, la razón por la cual estimaron los actores que aquella decisión de reforma normativa, no constituía una práctica monopolística absoluta, que es la piedra angular del acto administrativo sancionatorio. Ergo, si lo que se aduce es que el Tribunal realizó una errónea interpretación del canon 11 inciso a) de referencia y; a partir de allí por conexidad la transgresión de otras fuentes normativas, resultaba necesario para el control ante esta Sala, que el recurrente rebatiera los motivos por los cuales considera no se está ante una conducta de esa naturaleza, lo cual no sucedió en la especie. Para combatir la sanción impuesta, por razones obvias, se debió desvirtuar el nexo causal o su hecho generador. La mayoría de las infracciones descritas apuntan a las facultades de la Comisión de sancionar, pero se pierde de vista si las reformas adoptadas al Código de Ética califican de prácticas monopolísticas de carácter absolutas. Entonces, aunque el segundo motivo reclama quebranto del artículo 11 de la citada Ley, no se logra desvirtuar que tenga tal naturaleza. Tampoco en qué consisten las infracciones a las normas aludidas en ese aspecto. De todos modos, a mayor abundamiento, es menester tomar en consideración lo que establece el artículo 11 inciso a) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así “*las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos: fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*” En virtud de lo anterior, se comparte la idea de que todo acuerdo de no competitividad – en ocasión a precios - entre los mismos agentes conlleva un monopolio en detrimento de los consumidores del servicio. Ahora bien, conviene determinar lo que es un agente económico para así establecer la cuota de responsabilidad de los intervinientes. A este respecto, el ordinal 2 de la Ley de rito define claramente este concepto: “*Agente económico: en el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.*” De esta definición se extrae que la Cámara no es un agente económico, precisamente porque no es ella la entidad de derecho encargada de ofrecer servicios de bienes raíces, ni tampoco compete contra sí misma, sino que son los mismos corredores quienes ofrecen su trabajo, son ellos quienes actúan en nombre propio y no como representantes de la Cámara frente a los clientes, de esta manera, *participan de en una actividad económica*, como lo establece la norma, de forma personal. En virtud de ello, esta Sala considera que el agente económico es el propio corredor. Entonces, la Comisión sancionó la

reforma tomada en virtud de sus alcances monopolísticos frente al usuario, sin que tenga ingerencia el resultado final, porque es precisamente el que se pretende evitar. Es un régimen particular sancionatorio derivado de la especialidad de la materia, que protege la libre competencia y el consumidor, el cual no puede abordarse con la doctrina sugerida por el recurrente. Considera este Órgano, además que no se impone una obligación a un tercero, porque como se ha explicado, el corredor de bienes raíces es directamente el agente económico, no es la Cámara y por tanto ella no es parte. La sanción tampoco es de imposible acatamiento, porque si bien en la actualidad algunos de los que tomaron el acuerdo se han retirado, lo cierto del caso es que las cosas se deshacen como hacen, consecuentemente, se deben seguir los procedimientos establecidos para convocar a todos sus miembros y para la toma de decisiones, imponiéndose en este caso seguir el *iter* normal para lograr la derogación de las normas aquí cuestionadas. La queja de los sancionados deviene inadmisibles en el tanto ahora deben tomar las medidas pertinentes para que la situación regrese a su estado original. No se trata de una obligación de imposible acatamiento, sobre todo porque existe un mecanismo para la convocatoria a la Asamblea y corresponde a su integración cumplir con lo ordenado. Finalmente, es oportuno reiterar que no se encuentra infracción de ley cuando se le impone a los agentes la sanción, precisamente porque de conformidad con el ordinal 70 de la Ley en cuestión, son ellos quienes emitieron la normativa con rasgos de monopolio, no fue la Cámara. En consecuencia, el recurso habrá de denegarse en cuanto a los tres primeros agravios se refiere.”

d)Prácticas monopolísticas: Ilegalidad de la práctica de fijar precios iguales entre agentes económicos que participan en un mismo mercado

[Tribunal Contencioso Administrativo Sec. III]⁵

Voto de mayoría

"VIII.- Sobre el Fondo de la controversia propiamente: Analizado de manera pormenoriza el cuadro fáctico de autos, se tiene claro que los agravios de los accionantes no introducen ningún argumento novedoso que no sea una reproducción de la demanda en cuestión, así como de los mismos agravios planteados en las distintas instancias. Aunque en principio aparezca como irrelevante, es de interés evidenciar que ya en fecha veintitrés de octubre del año mil novecientos noventa y cinco, aproximadamente unos nueve meses después de la publicación en el Diario Oficial La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995, concretamente el 23 de octubre del año 1995, la Comisión para la Promoción de la Competencia, hizo una publicación en un periódico nacional – que se reputa como de mayor circulación nacional, a saber, – “La Nación”, en su página 43^a, informando a todos los productores y comerciantes de bienes y servicios, **cámaras**, asociaciones de empresarios y agentes económicos en general, sobre “la mala práctica consistente en fijar precios iguales entre agentes económicos que participan en un mismo mercado, constituyendo una práctica monopolística absoluta sancionable con fuertes multas” (folio 299 del principal). Aunque tal publicación no puede verse como una notificación “oficial” ni tampoco garantiza que hubiere sido realmente de conocimiento de todos y cada uno de los miembros integrantes de una Cámara que opera en el país desde el año 1974 (fl.268), cuesta trabajo creer que no tuvieran, alguno de los



participantes en la Asamblea que reformó el articulado, o bien de los actuales 183 miembros de dicha Cámara, conocimiento de la advertencia clara de parte de la Comisión, en cuanto se estima que los medios de comunicación colectiva (sobre todo el de mayor circulación nacional), sirven como instrumento de información relevante para el ejercicio de la práctica de la correduría de bienes raíces y considerando además los fines que persigue la Cámara y que constan en su acta de constitución (fl. 268 a 297). En todo caso, la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión, con la potestad que deriva de la ley (artículos 21 –antes 18 – y 11 de la Ley N° 7472), es decir de manera oficiosa, realizó una investigación de los Estatutos de la CCCBR y mediante Acta N° 46/00 de 12 de diciembre del 2000 (fl. 59 Exp. Adm.) se acordó aprobar dicho informe y se inicia investigación preliminar con el fin de identificar a los miembros de la Cámara, su Junta Directiva y sus regulaciones (artículos 34 y 35 del Reglamento). Posteriormente, el 7 de setiembre del 2001, la Comisión acuerda la apertura de un Procedimiento Administrativo ordinario en el expediente 28-00, por supuesta violación al artículo 11 inciso a) de la Ley N° 7472, concretamente por la reforma efectuada a los artículos 14, 19, 20, 21, y 27 todos del Código de Ética de la CCCBR. Valga decir, que la Comisión mediante el procedimiento administrativo ordinario incoado, respetó absolutamente el “derecho de defensa”, así como el denominado “debido proceso” consagrados en los numerales 39 y 41 de nuestra Constitución Política y puntualizados en el Voto 15-90 de la Sala Constitucional: “...a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye el acceso a la información y a los antecedentes administrativos vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada”. No es otra cosa que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 constitucional, que no solo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo. En la especie consta el rechazo del amparo intentado a favor de la presidenta de la CCCBR, por supuesta violación por parte de la Unidad Técnica de Apoyo y de la Comisión para Promover la Competencia al debido proceso, mediante el voto 2002-02744 de diez horas con veintiocho minutos del 15 de marzo del 2002, rechazo que viene a confirmar ese cumplimiento cabal que se dio al debido proceso en el caso de marras. **IX.-**

Síguese de lo expuesto, que como resultado del procedimiento verificado, la Comisión dispuso finalmente sancionar a los veintiocho agentes económicos que constan a folio 18 del expediente principal, como autores responsables de la práctica monopolística absoluta, prevista en el artículo 11 inciso a) de la Ley 7472, ordenándoles suspender y abstenerse en el futuro de realizar cualquier acto violatorio del mencionado numeral, así como los restantes de la Ley N° 7472, otorgándoseles además un plazo de un mes, para que modificaran los términos del Código de Ética en los artículos sancionados, de tal forma que se omitiera toda referencia en cuanto a porcentajes u otro tipo de indicaciones respecto a usos y costumbres en el medio, que pudieran sugerir en forma alguna “un precio”. El referido artículo 11 de la Ley N° 7472 establece la prohibición de la realización de prácticas monopolísticas absolutas u horizontales, como también se les llama. Se trata de prácticas consideradas por el ordenamiento y por la doctrina del Derecho de la Competencia como las más perjudiciales al proceso de la competencia y libre concurrencia. Esto por cuanto la disposición coordinada de los agentes económicos (además competidores entre sí), infringen la normativa, tal y como a través de un adecuado “debido proceso” se demostró que se dio en el caso bajo examen. Un acuerdo de no competencia, hace que los consumidores sufran las consecuencias. El efecto perjudicial de tales conductas provocaron que el legislador les atribuyera el carácter de nulas de pleno derecho - prácticas absolutas por sí mismas nocivas al proceso de libre competencia y libre concurrencia - y para determinar su ilegalidad, no importa el tamaño del agente económico



involucrado, ni las motivaciones o justificaciones, tampoco el tamaño del mercado afectado, ni sus efectos, aspectos éstos que solamente inciden en la consideración de eventuales atenuantes o agravantes –según corresponda - de la sanción a disponer. Basta que se compruebe el supuesto del artículo supra indicado (artículo 11 *ibídem*), para que se concluya en su ilegalidad. En suma, se trata de una presunción *juris et de jure*, una vez comprobada, - como en el caso particular lo ha sido - la práctica monopolística absoluta que es “*per se*” nociva para el orden público económico. Siendo como ya se vio, el sistema económico es el valor protegido, cualquier alteración a las reglas del juego del mercado, deriva en un conflicto, de interés general y sobre todo de **Orden Público**, porque es de interés público la defensa de la competencia (artículo 28 Constitucional). Como bien lo expresó la autoridad de instancia, la antijuricidad se comprueba con la sola constatación de una conducta típica absolutamente prohibida (*price fixing* o fijación de precios) y ciertamente constituye un ilícito de peligro abstracto y no de resultado.

X.- En el mismo orden de ideas, contrario al criterio de los apelantes, la infracción comprobada mediante la reforma al articulado cuestionado fija verdaderamente un precio de referencia cuya inobservancia podría eventualmente acarrear alguna de las sanciones contenidas en el artículo 49 del referido Código de Ética, sanciones que van desde la simple amonestación hasta la expulsión del asociado incumpliente. Por lo dicho, el defecto de falta de fundamentación que alegan los actores inconformes, no existe. El artículo 309 del Código de Comercio determina que, a falta de convenio, se tendrá derecho a la usual y corriente en la plaza donde la negociación queda consumada, evento que no puede en modo alguno considerarse inmutable o fijo, sino todo lo contrario, es cambiante al obedecer a varios presupuestos dinámicos del mercado, como podría serlo la oferta y la demanda. En todo caso, corresponde exclusivamente a la Administración la fijación de precios en los bienes y servicios mediante decreto ejecutivo, bajo circunstancias de excepción y además temporalmente (artículos 27 y 5 de la Ley 7472) y no los particulares. Lo que se constata, es que en la especie operó una evidente contradicción entre las supuestas intenciones de los actores y los cambios que aprobaron al Código de Ética. Como no se puede alegar ignorancia de la ley (párrafo 2° artículo 129 constitucional), pese a las motivaciones o buenas intenciones que pudieron haber tenido los actores al realizar la reforma a los artículos de repetida cita, el hecho es que el ilícito se configuró (previo proceso de demostración y junto con las garantías del derecho de defensa y debido proceso). En las prácticas monopolísticas absolutas, se insiste, no importa si se causó o no perjuicio, de ahí que ciertamente el análisis sobre la posible lesión y su eventual incidencia en el mercado resulta irrelevante. Como se trata de prácticas monopolísticas absolutas y no relativas, no interesa el resultado a diferencia de éstas últimas (las relativas) que para configurar el ilícito, sí debe tenerse en cuenta las consecuencias que tienen en el mercado, sobre la existencia de un poder sustancial, etc. Aunado a lo anterior, sobre la eventual revisión del mercado de los productos cuyos suplidores sean pocos, como lo indica el fallo apelado, se refiere a otro supuesto distinto del aquí involucrado (labor de monitoreo de los mercados), pero en nada incide ni sobre las potestades de investigación de la Comisión y mucho menos en cuanto a la determinación de sanciones de conformidad con el ilícito cometido y demostrado. En consecuencia, por todo lo expuesto, no resultan de recibo legal las argumentaciones de los actores y por ende se impone su rechazo."

e) Prácticas monopolísticas: Concepto y alcances de las absolutas y las relativas**Características del régimen especial en materia de promoción de la libre competencia**

[Trib. Contencioso Administrativo Secc. VI]⁶

Voto de mayoría

V.- SOBRE EL PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse a este tema. Así, en la sentencia No. 727-2010, de las 10 horas 40 minutos del 26 de febrero del presente año se indicó que la Sala Constitucional ha reconocido, entre otros, en el Voto No. 1195-91, que el artículo 46 de nuestra Carta Magna consagra el principio de **libertad empresarial**. Dentro de esa libertad, se ubica la libre competencia y la defensa de ésta como límite de la primera. Del texto constitucional, se deducen, además de **la libertad de empresa y el mercado, los derechos fundamentales del consumidor**, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos y derechos instrumentales necesarios para garantizar esos derechos fundamentales, como la información, la educación y la participación de organizaciones propias con el apoyo estatal. En general, del citado numeral se puede inferir tres intereses: **de los empresarios o competidores, el de los consumidores y el del mercado**. Esa concurrencia de intereses, públicos y privados, refleja un **modelo social de competencia**, caracterizado porque toma en consideración tanto la defensa del interés privado de los empresarios como la del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. La tutela de ese modelo se refleja en una serie de normas tales como la Ley No. 7472 , de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la Ley No. 7593 , de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y la Ley No. 7732, Reguladora del Mercado de Valores, entre otras. En lo que interesa a este proceso, debe señalarse que, sin duda, la protección de la competencia se torna indispensable dentro de una economía de mercado, a efectos de prevenir y eliminar aquellas circunstancias que se configuran en impedimentos para la libertad de empresa, en sus diversas vertientes, pudiendo llevar con ello al entorpecimiento del mercado mismo. En este sentido, la citada Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor surge como una necesidad real en un momento determinado y bajo una coyuntura económica y social muy particular de cambio, en la que la liberación de los mercados tomó una relevancia importante en la economía nacional. En su artículo primero, se señala que su objetivo es proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y la libre concurrencia mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de regulaciones innecesarias para las actividades económicas. Ello por cuanto el acceso al mercado como agente económico es consecuencia del ejercicio de la libertad de empresa. Ese ejercicio y permanencia en el mercado, implica una variedad indeterminada de relaciones con otros agentes económicos y con consumidores, siendo que las actuaciones de todos ellos han de ser lo más transparentes posibles. Interesa en este proceso lo relacionado con el ejercicio de prácticas monopolísticas que afectan la competencia. Desde este plano, como se dijo, la citada Ley No. 7472 establece una serie de normas que regulan la defensa de la



competencia. Así, el artículo 10 prohíbe los monopolios públicos o privados y las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él, con las salvedades indicadas en el artículo 9 de la misma Ley.

VI.- Ahora bien, estas prácticas monopolísticas pueden ser de dos tipos, absolutas y relativas. Las **prácticas monopolísticas absolutas** son aquellos acuerdos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, que restringen la competencia. Es decir, son de carácter horizontal, en el tanto se dan en un mismo nivel del mercado. Este tipo de prácticas constituye una amenaza para la competencia toda vez que si las empresas acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a los consumidores, limitando la oferta de bienes y servicios y ganando utilidades como si fueran un monopolio. En general, la Ley No. 7472 citada, en su numeral 11 define las prácticas monopolísticas absolutas como los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes situaciones: a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios. c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables. d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Conforme a la misma norma, este tipo de prácticas son nulas de pleno derecho y se sancionará a los agentes económicos que incurran en ellas. Para determinar la ilegalidad de estas prácticas, no es necesario valorar el tamaño del agente económico involucrado, sus motivaciones o justificaciones, ni el tamaño del mercado afectado o sus efectos; sino que basta que se comprueben los supuestos que establece el ordinal 11, esto es, que los agentes participantes son competidores entre sí y que esos agentes económicos han incurrido en alguna de las conductas tipificadas en la norma. En relación con las **prácticas monopolísticas relativas**, éstas se definen como los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas. Se realizan normalmente entre empresas que operan en diferentes niveles del mercado o fases del proceso productivo, de tal forma que obstaculizan o impiden el proceso de competencia y libre concurrencia en tales niveles. Por tal motivo, son también denominadas de carácter vertical. El artículo 12 de la Ley que se analiza, las define como: a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí. b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios. c) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad. d) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros. e) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico. f) La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal. g) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada. Ha de señalarse, eso sí, que las prácticas relativas también pueden tener efectos pro-competitivos y pro-eficiencia, por lo que, para determinar su ilegalidad y perjuicio



para la libre competencia, los ordinales 13, 14 y 15 de la norma legal en estudio, imponen la necesidad de que se compruebe la concurrencia de tres elementos. **Primero**, que se haya incurrido en una las conductas descritas, esto es comprobar alguno de los supuestos de hecho que señala el artículo 12 ibídem. **Segundo**, que el agente económico que comete la práctica tenga poder sustancial en el mercado relevante. A grosso modo, puede definirse el **mercado relevante** como el conjunto de productos o servicios que el consumidor considera sustituibles. Se constituye en un parámetro relativo de espacio y tiempo, en virtud de las necesidades propias de los consumidores, quienes deberán priorizarlas a efectos de determinar en un momento y espacio cuáles bienes o servicios pueden ser sustituidos por otros de igual condición. Los criterios para determinar el mercado relevante que establece el artículo 14 ibídem son los siguientes: a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución. b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios. c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados. d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos. Por otra parte, **el poder sustancial en el mercado** es la capacidad que pueda tener un agente económico en un nivel diferente al de consumidor, para fijar unilateralmente los precios o bien restringir en forma sustancial las etapas de distribución del mercado relevante, sin que los demás agentes puedan hacer algo para impedirlo. El ordinal 15 de la Ley de marras señala que para determinar si un agente económico tiene ese poder, debe considerarse su participación en ese mercado, incluyendo la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder; la existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores; la existencia y el poder de sus competidores; las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos; su comportamiento reciente; y todos los demás criterios análogos que se establezcan en el Reglamento de esa Ley. Que el agente económico que comete la práctica tenga un poder sustancial en el mercado relevante es fundamental porque aunque se acredite alguna de las conductas descritas como prácticas monopolísticas relativas, si el agente no tiene este poder en el mercado, la conducta no resulta ilegal y en ese tanto no es sancionable. **Tercero**, los efectos anticompetitivos de la práctica, esto es, que tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Finalmente, debe señalarse que la misma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en su ordinal 21, otorga competencia a la Comisión para Promover la Competencia para conocer, de oficio o por denuncia, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado y para, una vez concluido el procedimiento administrativo correspondiente, imponer la sanción que corresponda, de conformidad con los numerales 28 y 29 de la misma ley.

VII.- SOBRE EL CASO CONCRETO. Como fuera señalado en el Considerando III de esta resolución, conforme a las alegaciones de la parte actora, en el presente proceso no se cuestiona el procedimiento administrativo que determinó la realización de una práctica monopolística relativa por parte de la cooperativa demandante ni la existencia de esa práctica en sí. Tampoco se cuestiona la competencia de la Comisión (órgano que, en todo caso, al amparo del artículo 21 ya



citado, si resulta competente para conocer de la presunta comisión de este tipo de conductas) para sancionarlas. Según el marco petitorio establecido, lo que se recrimina gravita únicamente en torno a la fundamentación de la sanción pecuniaria que se impuso a la demandante en el acuerdo contenido en el artículo quinto de la sesión ordinaria 32-2007, celebrada a las 17 horas 30 minutos del 11 de diciembre de 2007, que fuera confirmado en el artículo sexto de la sesión ordinaria 28-2008, celebrada a las 17 horas 30 minutos del 15 de enero de 2008. Específicamente, la accionante cuestiona que esas conductas formales no valoraron algunos de los elementos que impone el artículo 29 de la citada Ley No. 7472 para imponer y graduar la sanción: la reincidencia, la capacidad de pago y los elementos de intencionalidad. Corresponde, entonces entrar al examen de los agravios formulados por la demandante. De pleno inicio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 de la citada Ley General, debe señalarse que revisados los autos, se colige que la Comisión para Promover la Competencia contaba con competencia suficiente para imponer la sanción que se impugna en esta vía, a la luz del ordinal 21 de la Ley No. 7472. Por otra parte, no se observan omisiones sustanciales en el procedimiento administrativo que hubieran generado indefensión a las partes, siendo que por el contrario, aquél garantizó el debido proceso. En relación con los vicios en la motivación del acto sancionador que impuso la multa y que acusa la parte actora debe señalarse lo siguiente. El artículo 28 de la Ley No. 7472 establece que la Comisión para Promover la Competencia puede ordenar, mediante resolución fundada y tomando en consideración la capacidad de pago, a cualquier agente económico que infrinja las disposiciones contenidas en el capítulo III de esa Ley una serie de sanciones. Específicamente en lo que atañe a las prácticas monopolísticas relativas, se señalan la suspensión, la corrección o la supresión de la práctica (inciso a) , el pago de una multa, hasta por cuatrocientos diez veces el monto del menor salario mínimo mensual (inciso f) y en casos de especial gravedad, la imposición de una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o una hasta por el diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor, indicando que de esas dos se impondrá la que resulte más alta (párrafo antepenúltimo). Por otra parte, el ordinal 29 de la misma ley establece los criterios que deben valorarse al momento de imponer las sanciones. Así, se señala que para tales efectos deberán tomarse en cuenta factores como 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. La parte actora alega falta de motivación del acto impugnado, en tanto no valoró tres de los criterios establecidos en el numeral 29 ibídem. En relación con la ausencia de valoración de los elementos de intencionalidad que se acusa, debe señalarse que en el procedimiento administrativo que culminó con la imposición de la multa que aquí se discute, se determinó que la demandante incurrió en prácticas monopolísticas relativas, hecho que no es cuestionado en este proceso. Específicamente, se demostró que existieron actos deliberados de la demandante para evitar la entrada de competidores al mercado; así como la existencia de los presupuestos que exigen los artículos 13, 14 y 15 de la misma Ley, esto es, el mercado relevante, el poder sustancial de la accionante en ese mercado y los efectos anticompetitivos de esa conducta, lo que tampoco se cuestionan en este proceso. Debe tenerse presente que la práctica monopolística relativa que regula el artículo 12 inciso g) de la Ley No. 7472, y por la cual fue sancionada la cooperativa accionante consistió en la realización de actos deliberados que induzcan a la salida de competidores del mercado o eviten su entrada. Del texto de la causal, se extrae fácilmente que debe demostrarse que se realizó un acto deliberado, esto es intencional. Así las cosas, la intencionalidad constituye un presupuesto para poder acreditar la existencia de la práctica monopolística relativa. Ahora bien, alega la parte actora que se extraña un análisis que permita establecer cuáles fueron los elementos de intencionalidad que se valoraron y permitieron imponer la sanción pecuniaria e indica que el dolo con que debe actuar el infractor para que se acredite la práctica monopolística (artículo 12 inciso g)) es diferente y no debe confundirse con el que debe considerar la Administración al momento de graduar la sanción (artículo 29). Este



Tribunal no comparte lo alegado. Es claro que se trata de normas complementarias: en una se señala que para que exista práctica monopolística relativa es indispensable acreditar la intención de inducir la salida o evitar la entrada de competidores al mercado; la otra establece que se valoraran al momento de graduar e imponer la sanción, entre otros, los elementos de intencionalidad, que en el caso concreto no pueden referirse más que inducir la salida o evitar la entrada de competidores al mercado. De la conducta impugnada se extrae con claridad cuáles fueron esos elementos y que si se valoraron, en su integralidad, los actos deliberados de la cooperativa accionante tendentes a evitar la entrada al mercado de la empresa Cable Tica. Ese examen supone necesariamente un análisis de los elementos de intencionalidad de la conducta que se reprocha. En este sentido, se tienen los hechos probados identificados como C, I, K y M relativos a las empresas, su relación y sus actos; el E de los hechos probados relativos al mercado relevante y poder sustancial y el Considerando Noveno de la conducta formal impugnada, denominado "Sobre la práctica monopolística relativa investigada en este procedimiento". Así, si se identifican las conductas intencionales en ese sentido. Interesa a este Tribunal resaltar algunas de ellas: que la cooperativa era la única empresa propietaria de la totalidad de los postes de esa zona, y que ésta era una infraestructura necesaria para la prestación del servicio de internet por cable; que aunque la cooperativa había analizado la posibilidad de una alianza con Cable Tica lo cierto es que al mismo tiempo realizó las acciones para contar con su propia red para prestar el servicio de internet, lo que se evidencia con el hecho que desde el año 2006 impulsan un proyecto de telecomunicaciones que incluía brindar a la comunidad el referido servicio en la zona concesionada y que hubiera gestionado una concesión de derecho de frecuencia; que en la nota en la que se informa a Televisora de Costa Rica que no iban a alquilar la postera no se indica ninguna razón técnica que la fundamente sino que únicamente se indica que a la cooperativa no le conviene la propuesta en los términos planteados ya que van desarrollar y seguir adelante con su propio proyecto de infocomunicaciones. Todas estas conductas llevaron a la Comisión a concluir que " (...) *la Cooperativa no consideró la posibilidad de darle acceso a Cabletica en forma independiente y que únicamente lo contempló a través de una alianza que finalmente no se concretó. Así las cosas, la negativa de COOPELESCA de permitirle a la denunciante el acceso a la infraestructura de soporte de redes propiedad de la primera, constituye un acto intencionado, de impedirle el acceso a la segunda al mercado del servicio del transporte de la señal de Internet en su área de concesión, con el fin de evitar tener competencia en ese mercado. (...)*" Como se desprende, la conducta impugnada si analizó ampliamente los elementos de intencionalidad que permitieron demostrar la práctica monopolística relativa. Aunado a lo anterior debe señalarse que esos elementos que se valoraron en el acto administrativo sancionador tienen pleno respaldo en el expediente administrativo y probanzas que se han traído a este proceso, tal y como se acreditó en los hechos probados de esta sentencia. También se demostró el poder sustancial de la cooperativa demandante en el mercado sustancial. Al efecto, se remite al examen de hechos probados relativos al mercado relevante y poder sustancial que se realiza en el acto impugnado y que es conteste con lo que este Tribunal ha tenido por acreditado. Por demás, no se acreditó la existencia de un motivo técnico que justificara la negativa de la demandante a brindar el servicio de alquiler de poste, el cual, se insiste, constituye una facilidad esencial para brindar el servicio de internet por cable. Aunado a la anterior, llama la atención que en su solicitud Televisora de Costa Rica advierte que el contrato de alquiler de postes para brindar el referido servicio no implicaba ningún tipo de exclusividad para ellos, por lo que la Cooperativa igual hubiera podido prestar el servicio de internet que venía impulsando. Con esto se evidencia que la negativa de alquiler los postes responde, más bien, a un acto deliberado para evitar la entrada de Cable Tica al mercado del servicio de internet. Si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ubica dentro del principio de libertad, que puede considerarse como la posibilidad de hacer todo lo que no está prohibido; lo cierto es que esa aquélla no es absoluta sino que puede ser restringida no solo por lo establecido en el párrafo 2 del artículo 28 constitucional que incluye la moral y el orden público, sino también por otros derechos



económicos que también la restringen de forma horizontal, como el derecho al ambiente y el principio de la competencia y la protección de los consumidores. En igual sentido, la libertad de empresa que se deriva del párrafo primero del artículo 46 constitucional y dentro de ella, la libre competencia, tampoco son libertades absolutas. Su contenido esencial está sustancialmente limitado por otros valores y derechos, por lo que no todo se justifica en aras de la libertad de empresa. En su contenido es posible apreciar un límite negativo y otro positivo. En cuanto al primero, hay que señalar que la libertad de empresa no ampara cualquier decisión empresarial, es decir, no ampara el derecho de acometer cualquier empresa y en cuanto al límite positivo, consiste en la posibilidad de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si nuestro ordenamiento jurídico garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial, ello lo es en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa de orden público, sobre competencia y ordenación del mercado y de la actividad económica en general. Como bien lo indicara la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el Voto 44-94, "...XII.- ... que la empresa nace a través de contratos e incluso se extingue por su mismo medio, la vida de ella tiene sentido en cuanto se encuentra vinculada con el mercado. Pero en éste actúa en función de libertades propias de la empresa y de respeto a los mismos productores y consumidores. Priman entre ellas la libertad de iniciativa privada y la libertad de competencia, sin las cuales la empresa no podría subsistir. Pero igualmente existen otras garantías absolutamente indispensables para la sobrevivencia de las empresas, y de quienes permiten su expansión dentro del sistema: son ellas la represión a la competencia desleal y el respeto a los derechos del consumidor (incluso, recientemente, dentro de esta última también se incluye el respeto al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para garantizar el consumo de bienes sanos, en fin, la salud y la vida de los consumidores)..." Es precisamente por ello que también el artículo 46 constitucional, habilita la intervención del Estado en la defensa de esa competencia, mediante los mecanismos correspondientes que permitan controlar, supervisar y dirigir los comportamientos de las empresas en el mercado. En el caso concreto, los elementos de intencionalidad que ya fueron señalados permiten acreditar que la decisión de la cooperativa accionante de no alquilar la postería a Televisora de Costa Rica (Cable Tica) no constituye una decisión legítima de empresa sino más bien, en la realidad se trató de un acto intencionado para evitar la entrada de la citada empresa del mercado de servicio de internet. Así las cosas, en ejercicio de control de legalidad de la función administrativa que el Constituyente otorgó a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el examen de validez de la conducta que se impugna permite establecer que no existe la ausencia de motivación que se recrimina, toda vez que COPROCOM si acreditó los actos deliberados de la empresa actora que permitieron demostrar la existencia de una práctica monopolística relativa y esos elementos de intencionalidad (que se reitera, en el caso concreto era un presupuesto necesario para tener por demostrado la práctica monopolística) constan en el acto administrativo y en ese tanto, fueron valorados al momento de imponer la sanción. Esa validez deriva de los propios autos, y en ese sentido, no hay aspecto que deba completarse en las conductas administrativas impugnadas, toda vez que éstas cuentan con los elementos de validez necesarios y están, como se explicará, debidamente motivadas. No comparte este Tribunal la interpretación aislada y restrictiva que pretende la accionante, al señalar que en el considerando décimo del acto impugnado (específicamente en los folios 42 al 44 del expediente judicial) se extraña ese análisis de los elementos de intencionalidad y que esa ausencia invalida absolutamente la citada conducta administrativa. Debe tener presente la demandante que el acto administrativo constituye una declaración unilateral de voluntad de la Administración



Pública, en ejercicio de sus funciones administrativas con efectos jurídicos inmediatos inmediatos, concretos y generales. De conformidad con con el artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública, será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico. Desde este plano y como parámetros de validez, este tipo de conductas administrativas deben contener una serie elementos formales y materiales. Dentro de los primeros se tiene el sujeto, la forma y procedimiento. Mientras que son materiales, el motivo, el contenido y el fin. En lo que interesa, el motivo es el presupuesto fáctico o jurídico, que hace necesaria la adopción del acto. Señala al efecto el numeral 133 de la Ley General de la Administración Pública, que el motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto. Por su parte, el contenido es lo que el acto dispone, ordena o prohíbe. Al efecto, indica el artículo 132 de la citada Ley General que ese elemento deberá ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo. En la especie, el motivo del acto administrativo sancionador que se cuestiona lo constituye tanto los hechos probados, así como las obligaciones impuestas por la Ley No. 7472 en materia de competencia a la cooperativa accionante. Ese motivo fáctico y jurídico hace necesaria la adopción de la sanción impuesta a la demandante, al haberse comprobado que cometió una práctica monopolística relativa al incurrir en actos deliberados para evitar la entrada al mercado de un agente económico competidor. Ello incluye el correspondiente examen y valoración de los elementos de intencionalidad tanto para acreditar la conducta reprochada como para imponer la sanción que corresponda. Precisamente, el contenido del acto que se impugna, lo constituye lo que se ordena y se impone, a saber "(...) 1. Se rechaza el incidente de nulidad interpuesto por la Cooperativa de Electrificación Rural de San Carlos R.L. 2. Se declara a la Cooperativa de Electrificación Rural de San Carlos R.L. responsable de la violación al artículo 12 inciso g) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472, por llevar a cabo actos deliberados con el fin de impedir la entrada de competidores. 3. Como consecuencia de la infracción comprobada, se impone a esa cooperativa una multa de conformidad con los criterios de valoración enunciados en el artículo 29 de la Ley 7472 y dentro del rango de 0 a 410 salarios establecidos en el artículo 28 inciso f) de la siguiente forma: 410 veces el salario mínimo equivalente a ₡ 63.980.090 (sesenta y tres millones novecientos ochenta mil noventa colones) Para la realización del cálculo de la sanción se utilizó el Decreto Ejecutivo No. 33840-MTSS publicado en La Gaceta No. 132 del 10 de julio del 2007 que fija el monto de salario mínimo mensual para el segundo semestre del 2007. 4. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 28 inciso a) se ordena a CCOPELESCA: Supresión de la práctica de negarle el acceso a un competidor a una facilidad esencial, por lo que debe facilitar el acceso a la postería en condiciones no discriminatorias. Abstenerse en el futuro de realizar prácticas monopolísticas anticompetitivas. De conformidad con los artículos 61 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se otorga a las partes un plazo de dos meses contados a partir de la notificación de la presente resolución para interponer ante este órgano recurso de reconsideración o de reposición. 5. Se instruye a la Unidad Técnica de Apoyo para que realice las intimaciones de ley (...)" (folios 21 al 44 del expediente judicial). Así las cosas, al analizar la integralidad del acto administrativo impugnado, debe descartarse el vicio acusado por la actora, toda vez que el hecho de que en el considerando décimo del acto impugnado no se hayan reiterado los elementos de intencionalidad, en modo alguno invalida la citada conducta administrativa, toda vez que, se insiste, ese análisis ya fue parte del motivo del acto, que en modo alguno se limita a ese único considerando. No obstante, debe señalarse que el mencionado considerando indica que "(...) En el presente caso se ha logrado determinar que la accionada incurrió en actos deliberados para evitar la entrada de competidores al mercado, conducta que resulta prohibida conforme a la ley y por ende acarrea una sanción. (...)". Entonces, es claro que sí se consideraron los elementos de intencionalidad, cuyo análisis, se reitera, consta en el mismo acto administrativo. El elenco de hechos probados así como el análisis sustantivo y del caso concreto que se realiza de los

considerandos quinto al noveno, particularmente el análisis jurídico que se efectúa del sexto al noveno justifican ampliamente la decisión adoptada. Por ende, el motivo y la motivación de multa impuesta no se agota en el considerando décimo, como pretende hacer ver la parte actora. El acto administrativo sancionador, en general, examina ampliamente la conducta desarrollada por la cooperativa y acredita no solo la existencia de actos deliberados y elementos de intencionalidad dirigidos a evitar la entrada de Cable Tica al mercado de servicio de internet en la zona de San Carlos sino también que que Coopelesca R.L. tenía poder sustancial en el mercado relevante delimitado y los efectos anticompetitivos de esas prácticas deliberadas. Por ello ordena la sanción correspondiente. Debe tenerse presente que el numeral 29 de citada Ley No. 7472 exige que al momento de imponer la multa se tomen en cuenta los criterios de valoración que ahí se señalan. Así las cosas, esa exigencia debe cumplirse en el acto administrativo sancionador y no necesariamente en un acápite específico de éste, como pretende la accionante. Es evidente que esos elementos de intencionalidad fueron parte del motivo del acto así como valorados al momento de disponer la sanción. Lo contrario sería negar su existencia únicamente porque no fueron reiterados en un acápite del acto, con la finalidad de evadir una sanción. Sin duda, ello llevaría a desconocer el fin e interés público que el acto satisface, sea, el funcionamiento eficiente del mercado a través de la promoción de la libre competencia, prevención y sanción de prácticas monopolísticas. Así las cosas, tampoco se violenta el numeral 136 de la Ley General de la Administración Pública toda vez que el acto impugnado se encuentra motivado respecto de la existencia de elementos de intencionalidad que permitieron acreditar la comisión de la práctica monopolística relativa que se imputaba a la demandante.

f) Imputación de sanción por prácticas monopolísticas absolutas de fijación de precios y de intercambio de información

[Trib. Contencioso Administrativo Secc. IX]⁷

Voto de mayoría

"X.- DERECHO DE LA COMPETENCIA Y MARCO NORMATIVO. Antes de entrar a las consideraciones de fondo, el Tribunal estima importante hacer una breve cita de algunos aspectos jurídicos sobre la materia en discusión. Sobre el concepto de competencia y sus regulaciones se ha dicho lo siguiente: " El concepto de competencia presupone la pugna entre dos o más sujetos por conseguir alguna cosa (...) Sin embargo, la competencia que es objeto de regulación legal es la que se genera entre los agentes económicos. En las Ciencias Económicas se considera que existen tres grandes categorías de agentes económicos: los empresarios (que buscan maximizar sus lucros), las familias o consumidores (que buscan maximizar su capacidad de consumo), y el Estado (que desarrolla diversas actividades, algunas de las cuales son esenciales, y necesita obtener recursos para realizarlas). Si bien la aspiración de todo empresario es conquistar la totalidad del mercado, abasteciendo por sí solo el 100% de la demanda, en realidad ello es prácticamente imposible. En la inmensa mayoría de los sectores del mercado, puede verse que operan varios empresarios, compitiendo entre sí por captar un mayor porcentaje de demanda. (...) La competencia por captar la preferencia de los adquirentes estimula a los empresarios a superarse constantemente, y constituye el principal mecanismo económico para la asignación de recursos y la fijación de precios: 1) Cuando hay competencia, triunfan los agentes económicos más eficaces y eficientes; para ello deben empeñarse por mejorar sus productos, invertir en tecnología, cuidar sus costos y no desperdiciar recursos. 2) Cuando no hay competencia, los empresarios no tienen que preocuparse por la calidad o el precio de los productos o servicios, porque son los únicos oferentes en el mercado -los demandantes no tienen opciones-. Ello se traduce en reducción de la cantidad y variedad de la oferta, aumento injustificado de los precios, ineficiencia, pérdida de competitividad frente a productos extranjeros, indebida asignación de recursos, etc. Las leyes de Defensa de la Competencia son las que aseguran que el



sistema funcione correctamente, prohibiendo que los agentes económicos reduzcan o eliminen deliberadamente la competencia." (ESPUGLES, C. y otros. Derecho del Comercio Internacional, 2005, p. 142).- En nuestro ordenamiento jurídico esa no es la excepción; la Ley 7472 del 14 de enero de 1995, denominada Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, incluye dentro de su objetivo la protección del proceso de competencia y libre concurrencia (artículo 1), en tanto constituyen intereses públicos de primer orden y de base constitucional (artículo 46 de la Constitución Política), cuyo resguardo ha sido encargado a un órgano público denominado Comisión para Promover la Competencia (artículo 18 y siguientes). Como efecto disuasorio y de prevención general la citada Ley castiga aquellas conductas que considera lesivas de esos intereses públicos. Al respecto, la Sección IV de este Tribunal ya había expresado con buen tino la trascendencia de las disposiciones contenidas en la Ley 7472, estrictamente en lo que corresponde a la promoción de la competencia, en el siguiente sentido: **"IV.- PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA:** De previo a abordar el fondo de este asunto, se impone traer a colación el articulado fundamental que regula esta materia. La Ley N° 7472 de 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta N° 14 de 19 de enero de 1995, tiene como objetivo, además de proteger los derechos e intereses legítimos de los consumidores, " ... la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia... ", lo que se procura "...mediante la prevención, la prohibición de monopolios y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas... ", como de manera explícita lo estipula el ordinal primero de esa regulación. Bajo ese entendido, según los términos del Capítulo III de esa misma Ley, la Promoción de la Competencia se ve afectada por los monopolios de mercado - *privados o públicos* -, las prácticas monopolísticas " ...que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él,... " (artículo 10, en adición al 11, 12, 13, 14, 15 y 16, todos de la Ley supra citada), así como por la competencia desleal (artículo 17 *ibid* - figura encargada exclusivamente a órganos jurisdiccionales según el artículo 27 de esta ley), de allí que la Comisión creada con ese nombre en la normativa de referencia - como órgano de desconcentración máxima adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio - está encargada " ...de conocer, de oficio o por denuncia, y sancionar, cuando proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado. (artículo 21 *ibid*). " (Sentencia número 37-2006, de las 10:55 horas del 19 de abril del 2006).- En el marco de lo indicado anteriormente, interesa destacar que el numeral 11 de la Ley 7472 describe aquellas conductas que califica como prácticas monopolísticas absolutas, y de las cuales, para lo que resulta de relevancia en esta litis, se rescata la establecida en el inciso a): **"Artículo 11. Prácticas monopolísticas absolutas.** Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos: **Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.**(...) Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos." La consecuencia jurídica prevista por la Ley para aquellos agentes económicos que incurran en la hipótesis antes descrita, se encuentra prevista en los términos del numeral 25 inciso e) *ibidem*, que al efecto dispone: **"Artículo 25. Sanciones.** La Comisión para promover la competencia puede ordenar, mediante **resolución fundada y tomando en consideración la capacidad de pago**, a cualquier agente económico que infrinja las disposiciones contenidas en el capítulo III de esta Ley, las siguientes sanciones: (...) e) El pago de una multa, **hasta por seiscientos ochenta veces el monto menor del salario mínimo mensual**, por haber incurrido en una práctica monopolística absoluta. (...)" En el caso concreto, a las accionantes se les sancionó en el procedimiento administrativo como consecuencia de haberse determinado que incurrieron en las prácticas monopolísticas absolutas descritas antes. A efecto de declarar la procedencia o improcedencia de las pretensiones aducidas en este asunto, la aplicación de estas normas será analizada frente a los hechos probados y los argumentos de las partes, como de seguido se hace.-

XI.- EN CUANTO A LA FALTA DE FIRMEZA DE LAS ACTAS DE LA CÁMARA. Varias empresas afirman que las actas de las sesiones número 13 y 14 de la Cámara no fueron declaradas firmes, en virtud de lo cual no tienen efecto jurídico alguno y no constituyen documentos legalmente idóneos a efecto de ser utilizados como prueba en el procedimiento administrativo para sancionar a las demandantes. El argumento no es de recibo. Lo cierto del caso es que la Comisión para Promover la Competencia, a través de su Unidad Técnica de Apoyo, en el uso de las facultades legales que le han sido otorgadas para esos efectos (artículos 24 inciso c) y 64 de la Ley 7472), le requirió a la Cámara de Procesadores de Frijol y Afines que le suministrara copia certificada de las actas y acuerdos de las sesiones realizadas durante el año de 1998 (véase oficios UT-CPC-076-98 del 19 de marzo de 1998 y UT- CPC-119-08 del 17 de abril de 1998, folios 58 a 61 del tomo I del expediente público), solicitud que fue atendida por esa Asociación, enviando copia de las actas de sus sesiones, en concreto, de las número 10 a la 16, las cuales pasaron a formar parte desde ese momento de la prueba documental del procedimiento administrativo levantado al efecto (ver folios 1 a 57 del tomo I del expediente público), y por lo tanto, susceptibles de ser valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica, tal y como resulta de la relación de los numerales 24 inciso c) y 68 de la Ley 7472 y 298 de la Ley General de la Administración Pública, valoración que en efecto le dio la Comisión, atendiendo preponderantemente al contenido de dichas actas y no a su forma, en aplicación del ordinal 214.2 de la Ley General de la Administración Pública (por remisión del 68 de la Ley 7472), que dispone que el objeto más importante del procedimiento administrativo es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final. En esa misma línea, se coincide con lo argumentado por la representación estatal, en cuanto a que el artículo 67 la Ley 7472 inserta una regla de interpretación, en el sentido que para el establecimiento de la "verdad real", tanto la Comisión como el Tribunal Jurisdiccional correspondiente, *"podrá prescindir de las formas jurídicas adoptadas por los agentes económicos*



que no correspondan a la realidad de los hechos investigados". En ese marco, el Tribunal considera que no es de recibo, ni por asomo, lo planteado por las demandantes, por cuanto los formalismos como los invocados deben ceder ante el fin material de la Administración, cuál es la procura del mejor cumplimiento de las necesidades públicas, y que en la especie se traduce en la tutela y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia. En todo caso, este argumento deviene en inútil, pues según se desprende del expediente administrativo, el acuerdo tomado por la Cámara en la sesión número 13, referente al precio de la bolsa de frijol en ¢230 a partir del 23 de febrero de 1998, fue debidamente comunicado a sus integrantes mediante el oficio número 016CF-1998, de la misma fecha, suscrito por el Ing. Roberto Herrera, con lo cual se evidencia que a pesar de no haber sido declarado firme, el acuerdo sí fue ejecutado en la realidad, careciendo de sustento lo afirmado por las accionantes; consecuentemente, se opta por rechazar este alegato.-

XII.- SOBRE LOS AGENTES ECONÓMICOS, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y EL DEBIDO PROCESO. Algunas empresas plantean que no se demostró que éstas fueren agentes económicos competidores entre sí. También alegan que se violentó el principio de legalidad penal porque se sancionó a las empresas por la mera presencia de los asociados en las sesiones de la Cámara, sin que éstos hayan actuado como representantes de sus respectivas empresas, y que en todo caso era a la Cámara como asociación a la que debió llamarse al procedimiento administrativo. De igual forma, acusan violado el debido proceso constitucional, por cuanto las personas que asistieron a las sesiones de la Cámara lo hicieron a título personal, en su carácter de asociados fundadores, y por ende, el trámite administrativo no podía seguirse a las empresas, consecuentemente no consta en el expediente administrativo la participación que tuvieron éstas en las prácticas monopolísticas absolutas investigadas. No llevan razón en sus alegatos.-

XIII.- En primer lugar, es claro para este cuerpo colegiado que, en lo que corresponde al mercado de venta de frijol empacado y el mercado de compra de frijol a granel, todas las empresas aquí accionantes **son agentes económicos competidores entre sí**, pues ello se desprende claramente de la prueba contenida en el expediente administrativo. En efecto, de las facturas y demás información contable aportada por las propias empresas que consta en los tomos del expediente confidencial (ver hecho probado número tres), como de la restante información que se obtiene del expediente público, incluidas ahí las actas de las sesiones de la Cámara, se evidencia que todas se dedicaban a la compra de frijol a granel y a la venta de ese grano empacado en bolsa de 900 gramos. Tómese en consideración que el numeral 2 de la Ley 7472 define al agente económico de la siguiente forma: "**En el mercado, toda persona física de hecho o de derecho**, pública o privada, **participe de cualquier forma de actividad económica**, como comprador, **vendedor**, oferente o demandante **de bienes** o servicios, **en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o un tercero.**" (La negrita no es del original). Bajo ese parámetro legal, es correcto, entonces, el análisis que hizo la Comisión, en el acto final del procedimiento administrativo, cuando sobre el tema en discusión expresó que: "... el carácter de agente económico está más en función de la relación económica con el mercado que con su condición jurídica. El mercado determinará cuáles son los agentes competidores entre sí. **En el caso de la fijación de precios de venta de la bolsa de frijol negro de 900 gramos, el mercado será definido en función de dicha venta, por el contrario en el caso de la compra de frijol a granel, será esta la actividad determinante del mercado relevante y se podrá identificar los competidores en dichos mercados**" (-la negrita no es del original- folio 739 del tomo I del expediente público). En efecto, tal y como se dijo, de acuerdo con la información suministrada por las propias empresas, se obtiene con facilidad que todas ellas compraban frijol en forma masiva a los productores del grano y luego lo vendían empacado en bolsas de 900 gramos, con lo cual, es claro que son agentes competidores entre sí en ese mercado. Por lo tanto, hizo bien la Comisión en considerarlos como tales para efectos del análisis de la conducta de fijación de precios en perjuicio de los consumidores y de la conducta de intercambio de información en perjuicio de los productores. De hecho, en el acto final referido, ese órgano público fue muy claro en plantearlo así: "**QUINTO: ANÁLISIS SOBRE FIJACIÓN DE PRECIOS.** (...) *Para el análisis de esta práctica se consideran agentes económicos competidores entre sí a todas las personas físicas o jurídicas, de hecho o de derecho, públicas o privadas, que participen como comercializadoras de frijol negro en bolsa de 900 gramos, ya sea actuando en nombre propio o por cuenta ajena, independientemente de que el producto sea importado o nacional. De todas las empresas denunciadas por esta práctica, la única que se puede considerar como agente no competidor a nivel de venta del producto del frijol es la empresa Compañía Nacional de Granos, empresa la cual no vende frijol sino que únicamente presta un servicio de maquila al Grupo Constenla S.A. (Este hecho se fundamenta en prueba existente en Expediente Confidencial Tomo I folios 23 a 26).*" (folio 738 del Tomo II del expediente público número 15-98). "**SÉTIMO: ANÁLISIS SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.** (...) *En cuanto a la determinación del mercado de interés, para esta práctica específica del intercambio de información, lo que interesa es el mercado de compra de frijol a granel en cualquier presentación y se considerarán agentes económicos competidores entre sí a todas las personas físicas de hecho o de derecho, públicas o privadas, que participen como compradoras o demandantes de frijol a granel, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que el producto sea importado o nacional. (...) Con relación a las empresas investigadas la única que no puede considerarse como agente económico competidor es la Compañía Nacional de Granos, ya que no existen hechos que permitan determinar con claridad si efectivamente compra o demanda materia prima, bajo esta premisa y aplicando el principio de derecho sancionatorio administrativo "indubiopro administrado", se le debe eximir de sanción en esta práctica. Por el contrario, la evidencia existente parece indicar que las transacciones de compra y de venta las realiza el Grupo Constenla S.A. (...)" (folios 733 y 734 del Tomo II del expediente público número 15-98).*



En conclusión, en el procedimiento administrativo sí se demostró que las empresas involucradas son agentes económicos competidores entre sí, tanto en el mercado de la venta de frijol empacado como en el mercado de la compra de frijol a granel, por lo tanto, este argumento debe ser rechazado.-

XIV.- Ahora bien, en cuanto a la alegada violación del **principio de legalidad penal**, por cuanto la sanción se impuso a las empresas por el simple hecho de haber estado presentes en las sesiones de la Cámara los representantes legales de éstas, considera el Tribunal que tal argumento no es atendible. Si bien es cierto los principios del derecho penal son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador, debe recordarse que sí lo son pero con ciertos matices, en palabras de la Sala Constitucional: *mutatis mutandis* (véase el voto número 8193-2000, de las 15:05 horas del 13 de setiembre del 2000, de la Sala Constitucional). Bajo ese parámetro constitucional, considera este Tribunal que en la especie la Administración no venía obligada a sujetarse al contenido y las consecuencias que, en estricto sentido, se derivan del principio de legalidad penal. De hecho, si acudimos a la doctrina del derecho administrativo sancionador, integrable a la especie en virtud de la naturaleza del acto final aquí impugnado, en ella se reconoce que las personas jurídicas pueden ser responsables de hechos constitutivos de infracciones administrativas, y en consecuencia, es válido y jurídicamente posible imputarles responsabilidad por la conducta lesiva de sus agentes. Al respecto se ha dicho: "El problema consiste en cómo se configura y fundamenta ese elemento subjetivo de la culpa en las personas jurídicas, cuando lo que las caracteriza es la ausencia de voluntad propia. En ese aspecto, la sentencia del TC 246/91 señaló que la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden, al faltarles el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, deben asumir al someterse al cumplimiento de dicha norma. Concluyó el TC afirmando que es correcto realizar una "traslación de responsabilidad" a la persona jurídica en el caso de que el incumplimiento se realice por negligencia o comodidad de sus empleados. Esa traslación se puede fundamentar: a) En la capacidad de ser titular de obligaciones hacia la Administración pública en el seno de una especial relación de sujeción, imponiéndose la sanción para disuadir a no cometer más infracciones; b) En la figura de la culpa *iniligendo* o *in vigilando*, ya que la persona jurídica está obligada a velar por el cumplimiento de las obligaciones que le son impuestas por el ordenamiento jurídico, y a responder por las transgresiones derivadas del dolo o la negligencia de las personas físicas que las administran, presumiéndose además su culpabilidad ante la existencia de la infracción, salvo que concurra una circunstancia exculpatoria válida. De esta manera, la persona jurídica adopta la posición de garante del cumplimiento efectivo y real de las obligaciones asumidas, ya sea por una incorrecta elección de las personas físicas que incumplen dichas obligaciones, ya por la omisión de la vigilancia precisa para asegurar dicho cumplimiento. A la persona jurídica se le exige pues, velar por el cumplimiento de las normas y controlar la actuación de sus empleados. El art.1113 del Cod. Civil argentino (aplicable subsidiariamente) establece: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado." c) En la denominada "teoría de la imputación", que sostiene que a la persona jurídica le es imputable como infracción propia, la actuación dolosa o negligente del personal a su servicio, especialmente en caso de negligencia o dolo de sus administradores, ya que lo que ellos hacen es imputable a la propia persona jurídica. La sentencia del TSEE del 20/5/1992, afirmó que: "... en el campo del derecho administrativo las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes, sin que puedan excusarse, como regla, en la conducta observada por éstos." Y para mayor claridad, el TSEE añadió que se trata de "una responsabilidad directa que cobra, si cabe, mayor sentido cuando ... el titular de la empresa es una persona jurídica -una sociedad anónima- constreñida por exigencias de su misma naturaleza a actuar por medio de personas físicas: *mutatis mutandis* es lo que ocurre cuando en el ámbito negocial los actos u omisiones de los órganos de una persona jurídica se consideran actos u omisiones propios de ésta y no de los individuos que encarnan aquéllos." En tal sentido, afirmó Nieto: "Desde la Edad Media y desde los principios del derecho canónico sabemos que las personas morales actúan necesariamente a través de sus órganos o, más exactamente, a través de las personas físicas titulares de sus órganos. Pues bien, la llamada teoría del órgano sirve cabalmente para imputar jurídicamente a la persona jurídica la atribución que realizan las personas físicas en ella integradas. Y por ello mismo, si la persona jurídica se beneficia de todos los actos provechosos realizados por sus órganos, igualmente debe responder por todos los actos perjudiciales." (MALJAR, D. El Derecho Administrativo Sancionador. Ad- Hoc, 2004, p. 333 a 338). Con base en todo lo anteriormente expuesto, se estima que en el caso en examen no se ha producido violación alguna al principio de legalidad penal, en tanto éste principio no constituye en el ámbito del derecho administrativo un límite para la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas por la conducta de sus agentes, ni tampoco existe en el ordenamiento jurídico administrativo norma que establezca la imposibilidad de hacerlo, amén que en el subexamine, todos los participantes en las aludidas sesiones de la Cámara eran personeros de las personas jurídicas investigadas, y es claro, para este Colegiado de Jueces, que en todo momento esas personas físicas actuaron por cuenta de sus representadas y con ocasión del giro comercial que realizan sus empresas.

XV.- Del mismo modo, discrepa este Tribunal de lo planteado, en punto a que la Comisión debió llamar al procedimiento a la Cámara de Procesadores de Frijol y Afines como asociación, y no a cada empresa. Esto, por cuanto si bien es incuestionable que las Asociaciones debidamente inscritas cuentan con personería jurídica y por ende, con personalidad jurídica propia (artículo 5 de la Ley de Asociaciones), en el caso concreto, la Cámara de Procesadores de Frijol y Afines nunca actuó como un agente económico en el mercado de la venta de frijol, y solamente por esa razón, carecía de legitimación para ser investigada y eventualmente sancionada por los hechos que dieron origen al procedimiento



administrativo que al efecto levantó la Comisión para Promover la Competencia. En el mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: "(...) Ahora bien, conviene determinar lo que es un agente económico para así establecer la cuota de responsabilidad de los intervinientes. A este respecto, el ordinal 2 de la Ley de rito define claramente este concepto: " *Agente económico: en el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.* " **De esta definición se extrae que la Cámara no es un agente económico, precisamente porque no es ella la entidad de derecho encargada de ofrecer servicios de bienes raíces, ni tampoco compete contra sí misma, sino que son los mismos corredores quienes ofrecen su trabajo, son ellos quienes actúan en nombre propio y no como representantes de la Cámara frente a los clientes** , de esta manera, *participan de en una actividad económica*, como lo establece la norma, de forma personal. En virtud de ello, esta Sala considera que el agente económico es el propio corredor. Entonces, la Comisión sancionó la reforma tomada en virtud de sus alcances monopolísticos frente al usuario, sin que tenga ingerencia el resultado final, porque es precisamente el que se pretende evitar. Es un régimen particular sancionatorio derivado de la especialidad de la materia, que protege la libre competencia y el consumidor, el cual no puede abordarse con la doctrina sugerida por el recurrente. Considera este Órgano, además que no se impone una obligación a un tercero, porque como se ha explicado, el corredor de bienes raíces es directamente el agente económico, no es la Cámara y por tanto ella no es parte." (Sentencia 755-2007, de las 9:30 horas del 19 de octubre del 2007 -la negrita no es del original).- Así las cosas, este Tribunal concluye que la Cámara de Procesadores de Frijol y Afines no podía ser parte del procedimiento administrativo, al no ser agente económico en el mercado tanto de la compra de frijol a granel como de su venta en bolsa por unidad de medida, todo lo cual conduce a desestimar este argumento también.-

XVI.- Por último, el Tribunal opta por rechazar los argumentos respecto a la violación al **debido proceso constitucional**. En primer término, se debe reiterar lo dicho antes, en el sentido que lo discutido por los representantes de las empresas en las mencionadas sesiones, resulta válida y jurídicamente imputable a las personas jurídicas a las cuales éstos pertenecen, corolario de lo cual, si la Comisión se basó en el contenido de las actas de las sesiones aludidas para tener por demostradas las infracciones establecidas en el artículo 11 inciso a) de la Ley 7472, y esa prueba consta en el procedimiento administrativo levantado contra las empresas aquí accionantes, respecto del cual tuvieron acceso y ejercieron su derecho de defensa, entonces ninguna violación al debido proceso constitucional se deriva de ese actuar de la Administración, y por lo tanto no es de recibo el vicio acusado. Con todo, y a mayor abundamiento de razones, téngase en cuenta que la Ley General de la Administración Pública, por aplicación supletoria del numeral 68 de la Ley 7472, establece expresamente que en el procedimiento administrativo las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 298.2). De inmediato esto nos remite a las disposiciones del Código Procesal Civil en lo que respecta al sistema de valoración de la prueba, y en ese sentido, el numeral 330 de ese cuerpo legal dispone al efecto que "*Los jueces apreciarán los medios de prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario.*"

Con arreglo a lo anterior, la valoración de los elementos probatorios se lleva a cabo de acuerdo con una "*libre apreciación razonada de la prueba*", es decir, el órgano decisor cuenta con un amplio margen de valoración que dependerá, en última instancia, de su buen juicio y sensatez, apoyado en elementos como la lógica, las reglas de la observación y la experiencia, y en general del buen entendimiento humano, violándose la sana crítica solo cuando la interpretación que se hace de los hechos, mediante los medios de prueba, es absurda, arbitraria o contraria a la lógica o al sentido común (en ese sentido OLASO, J. La Prueba en materia civil, 2007, p. 218 y sgtes.). Pues bien, aplicando las reglas de la sana crítica en este asunto, han de resaltarse las siguientes aspectos de importancia: a) Todos los que participaron en las reuniones de la Asociación eran personeros de las empresas investigadas. b) Todas las empresas investigadas actuaban en el mercado de la compra de frijol a granel y en la venta de frijol empacado, es decir, eran agentes económicos competidores entre sí. c) Los temas discutidos en las sesiones de la Cámara estaban directamente vinculados (nexo material) con el giro comercial desarrollado por las empresas involucradas. Lo anterior permite entender que si bien en las actas de las sesiones número 13 y 14 de la Cámara, no se indicó que los participantes actuaban en su condición de representantes de sus empresas, lo cierto es que el interés personal de los asistentes se entremezclaba naturalmente con su interés como órganos de sus respectivas organizaciones empresariales, no siendo creíble ni admisible, desde ningún punto de vista razonable, que los personeros de esos entes acudieran a las reuniones por un mero interés personal, diríamos académico, separable por completo de la actividad comercial que desplegaban las personas jurídicas de las cuales fungían como sus personeros, mismas que, valga reiterar, se desenvolvían en el mercado de la compra de frijol a granel y de la venta de frijol empacado, como agentes competidores. Consecuentemente, por estas razones estima el Tribunal que el argumento formulado por las accionantes no es de recibo y así se impone su rechazo, como en efecto se hace.-

XVII.- RESPECTO DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DESCRITOS EN EL INCISO A) DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 7472 Y SU SANCIÓN. Algunas empresas reprochan que se les esta condenando doblemente por un mismo hecho, dado que la conducta del intercambio de información subsume la fijación del precio, con lo cual acusan violado el artículo 42 de la Constitución Política (*non bis in idem*). Los alegatos no son de recibo. De la estructura de la norma del inciso a) del artículo 11 de la Ley 7472, se colige que la misma prevé tres supuestos de hecho constitutivos de una misma práctica monopolística absoluta, a saber: **1)** Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados. **2)** Intercambiar información **con el objeto** de fijar, elevar, concertar o manipular el

precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados. **3)** Intercambiar información con el objeto de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados, y que **como efecto** se produzca esa fijación, elevación, concertación o manipulación del precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados determinados bienes o servicios en el mercado. Por la forma en que viene redactada la norma del inciso a) del artículo 11, debe entenderse que las anteriores son modalidades de una misma práctica monopolística absoluta, y por consiguiente, solamente podría sancionarse al eventual infractor por una u otra de esas modalidades, en los términos del numeral 25 inciso e) de la Ley 7472. Esta sería la única interpretación razonable que podría deducirse de la letra de la Ley. No obstante lo anterior, por la forma en que ocurrieron los hechos, en la especie no ha existido violación del principio *non bis in idem*, por cuanto atendiendo al concepto de mercado relevante al que se hizo referencia antes, ha de tenerse presente que la conducta de la fijación de precios de la bolsa de frijol en que incurrieron algunas empresas aquí accionantes se cometió en perjuicio de los consumidores, mientras que la conducta de intercambio de información con el objeto de fijar el precio de la compra de frijol a granel fue cometida en perjuicio de los productores, y en ese tanto, es claro que los afectados por una y otra conducta son distintos, corolario de lo cual, si una misma persona jurídica incurrió en las dos hipótesis señaladas, era procedente y ajustado a derecho se le impusiera una sanción por cada una de ellas, como en efecto sucedió en el caso de las empresas Procesadora Jinca S.A., Agroindustrias Gaval Ltda. y Empaques Agroindustriales S.A. Consecuencia de lo expuesto, procede rechazar este alegato.-

XVIII.- SOBRE LA PRESCINDENCIA DEL EFECTO LESIVO PARA QUE SE CONFIGUREN LAS PRACTICAS MONOPOLISTICAS ABSOLUTAS. Varias empresas alegan que en la especie no se han producido las faltas descritas en el inciso a) del numeral 11 de la Ley 7472, por cuanto no se demostró que las conductas investigadas generaran un efecto dañoso o lesivo, siendo ello un requisito necesario para la configuración de la infracción. Así, afirman que la normativa exige que las conductas tipificadas deben producir un efecto lesivo al orden público económico, que justifique la adopción de sanciones. Plantean que respecto del supuesto de la fijación de precios, se demostró que con posterioridad al 23 de febrero de 1998 la bolsa de frijol de 900 gramos no se llegó a vender en ₡230. Y para el supuesto del intercambio de información aducen que no se demostró que, como consecuencia de los actos investigados, el precio de compra del frijol a granel no superara los ₡11.500.00 el quintal en esa época, y además, no se demostró que en ausencia del intercambio de información los precios del frijol a granel hubieran sido otros. De consiguiente, se acusan violados el principio de tipicidad y reserva de ley.-

Los argumentos no son de recibo. Habiendo revisado cuidadosamente la estructura del tipo objetivo en las infracciones en discusión, el Tribunal participa del criterio, según el cual, las faltas administrativas previstas en el numeral 11 inciso a) de la Ley 7472 **son ilícitos de peligro y no ilícitos de resultado**, con lo cual no sería necesario que en la especie se demuestre el efecto lesivo o dañoso de las conductas sancionadas, como por ejemplo que la bolsa de frijol de 900 gramos se vendió en 230 colones después de haberse tomado el acuerdo en ese sentido, ni tampoco que como consecuencia del intercambio de información realizado por los agentes económicos investigados, el precio del quintal del frijol se fijara en ₡11.500.00 y no superara ese monto. Basta que se compruebe la realización del supuesto de hecho regulado en la hipótesis legal antes referida, para que proceda su efectiva sanción. Incluso el tema ya había sido analizado por la Sección Segunda de este Tribunal, que al respecto dijo: "(...) VIII.- Si se analiza el articulado de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en especial los artículos 10 a 15, se observa que las "prácticas monopolísticas absolutas" son sancionadas con la nulidad de pleno derecho, pero además, deben analizarse —a diferencia de las relativas—, siguiendo lo que se conoce como la "**regla per se**" , por lo que son prohibidas bajo cualquier circunstancia **y se consideran ilícitas por sí mismas**. En otras palabras, la práctica se predetermina por la ley como anticompetitiva y debe tenerse automáticamente como ilegal, **sin que sea necesario el análisis de si el efecto lo es, o si la participación en el mercado es lo suficientemente grande para afectarlo**, ni las motivaciones o justificaciones del infractor; basta en consecuencia, que se configure el comportamiento contemplado en la ley para que los agentes que participen sean culpables por el simple hecho de probarse que se ha incurrido en él. La antijuricidad se comprueba con la sola constatación de que la conducta típica no está permitida, y en cuanto a su idoneidad para producir daño, cabe aclarar que constituyen un **ilícito de peligro, no de resultado** , por lo que no requiere que se haya causado perjuicio. " Las prácticas monopolísticas relativas", por el contrario, se rigen por la "regla de la razón", y para tenerse por configuradas debe estudiarse las consecuencias que tienen en el mercado los acuerdos restrictivos de la competencia: si el responsable tiene un poder sustancial sobre una plaza relevante (artículos 13 a 15 ibídem). - Como la falta atribuida a los accionantes es una "práctica monopolística absoluta", el análisis de la posible lesión, y la incidencia efectiva en el mercado, carece de relevancia para tener por configurada la conducta ilícita, y sólo constituyen —en este caso, elementos útiles para la graduación de la sanción. (Res. 275-2005, de las 10:30 horas del 17 de junio de 2005).- En el mismo sentido se pronunció la Sección Tercera de este Tribunal, expresando sobre el particular lo siguiente: "(...) El referido artículo 11 de la Ley N°7472 establece la prohibición de la realización de prácticas monopolísticas absolutas u horizontales, como también se les llama. Se trata de prácticas consideradas por el ordenamiento y por la doctrina del Derecho de la Competencia como las más perjudiciales al proceso de la competencia y libre concurrencia. Esto por cuanto la disposición coordinada de los agentes económicos (además competidores entre sí), infringen la normativa, tal y como a través de un adecuado "debido proceso" se demostró que se dio en el caso bajo examen. Un acuerdo de no competencia, hace que los consumidores sufran las consecuencias. El efecto perjudicial de tales conductas provocaron que el legislador les atribuyera el carácter de nulas de pleno derecho - prácticas absolutas por sí mismas nocivas al proceso de libre competencia y libre concurrencia - y para determinar su ilegalidad, no importa el tamaño del agente económico involucrado, ni las motivaciones o justificaciones, tampoco el tamaño del mercado afectado, ni sus

efectos, aspectos éstos que solamente inciden en la consideración de eventuales atenuantes o agravantes –según corresponda - de la sanción a disponer. **Basta que se compruebe el supuesto del artículo supra indicado (artículo 11 ibidem), para que se concluya en su ilegalidad.** En suma, se trata de una presunción juris et de jure, una vez comprobada, - como en el caso particular lo ha sido – la práctica monopolística absoluta que es “ *per se* ” nociva para el orden público económico. Siendo como ya se vio, el sistema económico es el valor protegido, cualquier alteración a las reglas del juego del mercado, deriva en un conflicto, de interés general y sobre todo de **Orden Público**, porque es de interés público la defensa de la competencia (artículo 28 Constitucional). Como bien lo expresó la autoridad de instancia, la antijuricidad se comprueba con la sola constatación de una conducta típica absolutamente prohibida (price fixing o fijación de precios) y ciertamente constituye un ilícito de peligro abstracto y no de resultado.” (Res. 73-2006, de las 15:30 hrs del 8 de marzo del 2006).

Los votos transcritos reflejan con absoluta claridad la posición que este Tribunal ha mantenido sobre la naturaleza de las prácticas monopolísticas absolutas, y de la cual comulga esta Sección, debiendo concluirse que para la imputación de responsabilidad por las prácticas de fijación de precios y de intercambio de información, no se requiere que los actos ejecutados por los agentes económicos hayan surtido efectos dañinos, pues éste último no es un elemento condicionante de la tipicidad de la conducta que se castiga, en el tanto resulta resultalesiva en sí misma de los intereses públicos protegidos, esto es, del proceso de competencia y libre concurrencia. En la misma línea, no son de recibo las argumentaciones del apoderado de la empresa Pedro Oller S.A., en el sentido de que era necesaria la prueba pericial para determinar que, en ausencia del intercambio de información, los precios del quintal de frijol hubieran sido otros, toda vez que para la configuración de esa infracción, tal y como se dijo antes, no se requiere que se demuestre un efecto lesivo concreto derivado de la conducta, basta que se acredite, como en el caso concreto, que se intercambió información con el objeto de fijar el precio de compra del frijol a granel, para que la falta se configure y resulte punible. Por consiguiente, se desestiman los alegatos que en este sentido invocaron las accionantes.-

XIX.- SOBRE EL ELEMENTO VOLITIVO EXIGIDO EN EL TIPO ADMINISTRATIVO DEL ARTICULO 11 INCISO A) DE LA LEY 7472. Varias de las personas jurídicas accionantes alegan que no se configura la práctica monopolística del intercambio de información, porque no se demostró el elemento volitivo previsto por la norma. Se plantea que en nuestro régimen no se admite la imposición de sanciones al margen de la demostración del dolo o la culpa. Al respecto defienden la posición de que el intercambio nunca se dio con la intención de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra de frijol, y que por ende, no tuvieron la intención de infringir el numeral 11 inciso a) de la Ley 7472. Plantean que la intención del intercambio lo era para evitar el posible desabastecimiento que el país podía sufrir en ese momento, por la situación generada por el fenómeno del Niño, y que a causa de esa situación era necesario hacer un análisis de diferentes aspectos para gestionar la importación de frijol, como hacer las solicitudes para bajar los aranceles. En este sentido, se reclama que la Comisión no valoró el “contexto económico” en que se desarrolló el intercambio de información, dado que era necesario enfrentar el abuso antisocial de los productores, que sabedores de la situación buscaron aumentar artificialmente el precio, es decir, que el objeto de la conducta no fue restringir la competencia, sino combatir el desabastecimiento y el encarecimiento artificial del precio del frijol (estado de necesidad). Se aduce que las reuniones y los acuerdos tuvieron como hecho generador un caso fortuito, por lo que reprochan la no valoración que hizo la Comisión del estado de necesidad reflejado en el Decreto Ejecutivo No. 26821-MEIC que emitió el Gobierno en ese momento. Se critica que no se explicó como fue que se dio en la realidad ese intercambio de información, debiendo demostrarse que los actos tendían a afectar de alguna manera el precio de un producto, bien o servicio del mercado. Alegan, de igual forma, que el intercambio se realizó en cumplimiento de los fines del estatuto de constitución de la Asociación, dentro de los cuales destaca “propiciar el mejor conocimiento y contacto entre procesadores defrijol y afines.”

- Los alegatos no son de recibo. Este Tribunal comparte el criterio de que la infracción del **intercambio de información y de la fijación de precio** descritas en el artículo 11 inciso a) de la Ley 7472, requieren para su configuración la presencia del **elemento volitivo**, es decir la voluntad consciente de realizar la conducta constitutiva de la infracción (*animus*). En este punto se discrepa de lo afirmado por la representación del Estado, por cuanto la tipicidad del ilícito discutido exige que los actos llevados a cabo por los agentes económicos competidores entre sí, hayan tenido como **propósito -intención o animus- fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados, o bien, intercambiar información para fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados.** Ahora bien, no obstante se acepta la concurrencia del elemento volitivo (dolo) para que se configure la infracción, el Tribunal advierte que en el caso discutido ese requisito fue debidamente demostrado por la Comisión. En efecto, tal y como lo planteó ese órgano público en el acto final del procedimiento, se tiene como hecho probado que a partir del mes de enero de 1998, la Cámara de Procesadores de Frijol y Afines generó una serie de reuniones con sus miembros, en las que incluso participaron otros agentes externos, con el fin inicial de discutir aspectos relacionados con la posible situación de escasez de frijol. Con independencia del motivo o motivos que primigeniamente llevaron a los participantes a reunirse (prevenir el desabastecimiento o cumplir con los fines del estatuto de la Asociación), lo cierto es que en las sesiones -de la 10 a la 16- de la Cámara, se produjo un **intercambio de información sobre los precios de compra del frijol a granel** entre los representantes de las empresas investigadas, quienes a su vez eran agentes económicos en ese mercado, evidenciándose de acuerdo con la prueba contenida en el expediente administrativo, que el intercambio de información tenía como fin último evitar el aumento del precio al que éstos debían comprar los frijoles a sus productores, en otras palabras, su objeto era



manipular el precio de compra de ese grano. La prueba más clara y contundente de este comportamiento monopolístico, se obtiene de lo manifestado en los siguientes extractos de la sesión número 13 de la Cámara: " (...) El señor Elicio Montoya ... Menciona que se llevó a cabo una reunión en el Centro Agrícola Cantonal de los Chiles y se conoce que el producto está esperando mejores precios cuando esta recogiendo el 40 o 50% de la producción, esperan más de ¢9.000.00 que se están pagando hoy. (...) El señor Arnoldo García Jiménez expresa, que el precio de ¢9.000.00 no fue decisión del Consorcio sino que fue lo solicitado por el productor.(...)

El señor Marco Tulio Ramírez Chan manifiesta que él estuvo en la reunión y que los agricultores indicaron que el Consorcio había pedido la reunión y **acordó el precio de ¢9.000.00.** (...) El señor Elicio Montoya Fernández consulta, que si hay un acuerdo del Consorcio de pagar ¢9.000.00 el quintal, **si los miembros están dispuestos a pagar ese precio.** (...) El señor Alvaro Castillo Soto indica, **que lo que se debería hacer es que el Consorcio compre a los productores y luego nos lo venda.** (...) El señor Elicio Montoya Fernández menciona que se conoce que hay un equilibrio entre **el precio de venta de ¢9.000.00 y ¢9.200.00,** pero que eso no va a parar ahí porque los agricultores tienen muchas expectativas. Agrega que pensar que **el precio de compra ya está definido es engañarse, porque la semana próxima alguna compañías van a pagar ¢9.500.00 e indica que si el Consorcio paga ¢9.000.00 luego va a vender a ¢9.900.00.** (...)

El señor Jose Humberto Vargas Venegas consulta **si están dispuestos a entrar al mercado para comprar lo que se pueda al precio de hoy o dejar al Consorcio que compre para que luego venda con condiciones.** (...) El Ing. Eduardo Elizondo Ruiz indica, que se le puede pedir al Consorcio un precio de venta como mencionó el señor Alvaro Castillo Soto. Agrega que hay señales de buen trato y se pueden llamar a negociar para acordar las condiciones. (...) El señor Elicio Montoya Fernández menciona que **entrando en un arreglo con el Consorcio, el agricultor va a ver que hay una sola opción de venta, pero si va cada uno por aparte a pagar los precios que están pidiendo, éstos van a seguir subiéndolo.** (...) El señor Eduardo Elizondo Ruiz indica, que si el Consorcio va a comprar a ¢9.200.00 y se da la puja hasta ¢9.700.00, **luego quieren vender a ¢10.500.00 y esto no es aceptable.** Agrega que es importante invitar al Consorcio a que haga un plan de ventas. (...) El señor Jose Alberto Oller Alpírez expresa que **la Cámara debe fijar un precio de compra e indica que es lo sano.** (...) El señor Eduardo Elizondo Ruiz menciona, que no es que se le va a decir a qué precio venda, sino que **se debe poner una banda mínima de precios.**" (folios 31 a 34 del tomo I del expediente público).- Como se desprende con toda claridad de las manifestaciones contenidas en el acta parcialmente transcrita, **la voluntad** de los representantes de las empresas investigadas, notoriamente era la de intercambiar información sobre el precio del quintal de frijol, para finalmente evitar que el mismo aumentara y lograr así un monto más o menos fijo, o como lo dijo el señor Eduardo Elizondo Ruiz, "poner una banda mínima de precios". En este sentido, el Tribunal estima que no era necesario ni relevante, como lo plantean algunas empresas, que la Comisión tomara en cuenta el "contexto económico" en el que se desarrolló el intercambio de información finalmente sancionado, aludiendo por tal al estado de necesidad decretado por el Gobierno (Decreto No. 26821-MEIC), en relación con el posible desabastecimiento del grano de frijol que podría sufrir el país en ese momento como consecuencia del Fenómeno del Niño, y las circunstancias que alrededor de ese posible desabastecimiento acusan como contrarias a sus intereses, entre ellas el aumento artificial de precios por parte de los productores. Esto, por cuanto las situaciones aducidas vendrían a ser causas de justificación tendientes a excluir la antijuridicidad de la conducta, sin embargo, la ley no establece expresamente esta posibilidad, como tampoco obliga a la Administración a considerarlas así, debiendo reiterarse que las reglas y los principios del derecho penal no son aplicables en estricto en esta materia. Por ende, aún y cuando no se entra a concederles ningún valor en esta sentencia, se estima que aquellos elementos cuya valoración echan de menos las accionantes, no debían ser tomados en consideración en el análisis de la conducta que se castiga, habiéndose demostrado en todo caso el elemento volitivo previsto por la norma aplicable. Ahora bien, en lo que corresponde al **supuesto de la fijación de precios** en perjuicio de los consumidores, no queda ninguna duda que en el caso concreto fue demostrado ese requisito (*dolo*), toda vez que del acta de la sesión número 13 de la Cámara (ver acuerdo primero señalado en el hecho probado número cinco), se desprende con toda claridad que las empresas aquí actoras acordaron expresamente fijar el precio de la bolsa defrijol de 900 gramos en ¢230, e incluso consta en autos que el Ejecutivo de esa Asociación preparó un oficio dirigido a los señores integrantes de la misma, comunicándoles que a partir del 23 de febrero de 1998 el precio de ese producto debía ser fijado en ese monto, con lo cual la prueba es contundente en punto a evidenciar el *animus* de los agentes económicos que participaron en esa sesión, de incurrir en la hipótesis descrita en el numeral 11 inciso a) de la Ley 7472, en sí misma lesiva del proceso de competencia y libre concurrencia, y por lo tanto prohibida y sancionada por el ordenamiento jurídico. En definitiva, a juicio de este Tribunal, los hechos permiten encajar las conductas de las accionantes en los supuestos de hecho previstos en el inciso a) del ordinal 11 de la legislación referida, concretamente en el intercambio de información para fijar el precio de compra del frijol a granel y la fijación del precio de venta de la bolsa de frijol de 900 gramos, en el primer caso en perjuicio de los productores y en el segundo en perjuicio de los consumidores, toda vez que cumplen con los elementos objetivos y subjetivos exigidos para la configuración de esa infracción. Consecuentemente, los argumentos planteados deben ser desestimados.-

XX.- Siempre en el aspecto anteriormente desarrollado, llama la atención lo argumentado por el representante de la empresa Empaques Agroindustriales S.A., en el sentido que nunca intervino en el intercambio de información y que se le condenó por escuchar, y que en el caso de la fijación del precio de la bolsa de frijol, cuando dijo algo lo hizo para expresar su malestar. No obstante, este Tribunal disiente abiertamente de tales manifestaciones, y por el contrario, advierte que no se ajustan a la realidad de los hechos demostrados. Véase que en el acta de la sesión número 13 de la Cámara, cuyo extracto fue transcrito en el considerando número XIX, claramente se advierte que el señor Jose Humberto Vargas Venegas

sí participó del intercambio de información al manifestar lo siguiente: " El señor Jose Humberto Vargas Venegas consulta si **están dispuestos a entrar al mercado para comprar lo que se pueda al precio de hoy o dejar al Consorcio que compre para que luego venda con condiciones.** (...)" (ver folio 33 del tomo I del expediente público No. 15-98). De igual forma, en esa misma sesión, en la cual estuvo presente, acordó junto con los otros participantes, fijar el precio de la bolsa de frijol de 900 gramos en ¢230. En función de lo dicho, caen por su propio peso los alegatos esgrimidos por el representante legal de dicha empresa, debiendo ser rechazados sin mayores consideraciones.-

XXI.- RESPECTO DE LAS SANCIONES IMPUESTAS. La mayoría de las empresas argumentan que las sanciones no se motivaron adecuadamente y además son desproporcionadas, por lo tanto son nulas. Acusan que las mismas fueron injustas, ilegales y arbitrarias, desconociéndose por qué en una u otra conducta se imponía determinada cantidad de veces el salario mínimo mensual. Se afirma que las sanciones carecen de motivación en punto a los criterios de valoración por medio de los cuales se llegó a imponer el *quantum* de las multas. De igual forma aducen que se utilizaron parámetros poco razonables para medir la capacidad de pago de las empresas, como por ejemplo, las declaraciones de ventas mensuales netas de los últimos 17 meses de las respectivas organizaciones. Señalan que la Comisión indicó, sin ningún sustento probatorio, que las empresas integrantes de la Cámara en conjunto con las otras sociedades que participaron en las reuniones, comprendían el 70% de los industriales del mercado, siendo tal aseveración infundada, y que no obstante, con base en ese parámetro se justificaron las elevadas multas. Los argumentos no son de recibo. Este Tribunal no evidencia las falencias acusadas por las accionantes, toda vez que el acto final del procedimiento hizo referencia a todos y cada uno de los criterios de valoración legalmente tasados por el numeral 26 de la Ley 7472 para la imposición de las multas, en este caso, la prevista en el ordinal 25 inciso e) de la misma legislación. En efecto, en cuanto a la **gravedad de la infracción**, la Comisión consideró que las faltas cometidas eran graves en virtud del impacto negativo que tales generan para el proceso de competencia. En relación con la **amenaza o el daño causado**, estableció que la infracción de la fijación del precio de la bolsa de frijol, era una conducta que afectaba a los consumidores en la medida que tal práctica tiende a limitar las opciones de compra de los consumidores en punto a la diversidad de precios, y de igual forma, limita las posibilidades de los demás agentes económicos de poder manifestar sus pretensiones en el mercado. En cuanto al intercambio de información, se consideró que como no se llegó a concertar explícitamente el precio para el frijol a granel, entonces las implicaciones del acto eran relativamente graves. Respecto a los **indicios de intencionalidad**, la Comisión señaló, con buen tino, que existió una clara intencionalidad de los miembros de la Cámara de fijar el precio de la bolsa de frijol, y que en el caso del intercambio de información existió una clara intención por parte de los agentes involucrados de manipular el precio de compra del frijola granel. Con respecto a la **participación de los infractores y al tamaño del mercado**, indicó la Comisión que para el supuesto de la fijación de precios, el porcentaje de participación de los denunciados en relación con la venta de frijol era superior al 50% del mercado total, basándose para ello en la declaración rendida por el testigo Jorge Chaves en la audiencia celebrada el día 17 de diciembre de 1998, a la cual se le dio el valor probatorio que le correspondía de acuerdo con las reglas de la sana crítica.. En el mismo sentido, en lo correspondiente a la conducta de intercambio de información indicó que el porcentaje de participación aumentaba a un 70% del mercado total, tomando en consideración que, además de los miembros de la Cámara, en esta acción intervinieron otros agentes económicos, entre ellos Pedro Oller S.A. En ese tanto, la Comisión estableció que la participación de los infractores y el tamaño del mercado son muy elevados. En cuanto a **laduración de la práctica**, el mencionado órgano adujo, en términos claros, que tanto el período de la fijación del precio de la bolsa de frijol como el del intercambio de información habían sido cortos, y en cuanto a la reincidencia indicó, para ambos supuestos, que de acuerdo con la base de datos, no existían procedimientos anteriores de los denunciados por prácticas monopolísticas. Finalmente, en relación con **lacapacidad de pago**, la Comisión fue clara en señalar que se tomaron en consideración los estados financieros y las declaraciones de ventas de las investigadas, los cuales evidentemente no fueron explicitados en el acto final del procedimiento, toda vez que se trataba de información sensible que, por obvias razones, debía constar únicamente en el expediente confidencial, en cuyos tomos constan efectivamente los estados financieros y demás información contable que refleja la capacidad de pago de las empresas al momento de los hechos. En suma, de acuerdo con el recuento que aquí se ha hecho, se evidencia que las sanciones impuestas fueron debidamente motivadas, y por tanto, no existe ilegalidad alguna que declarar, máxime que las faltas fueron debidamente acreditadas, con lo cual las accionantes se hacían acreedoras de las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento para ese tipo de conductas. Ahora bien, tampoco encuentra el Tribunal que la información solicitada respecto de las ventas de las denunciadas de los últimos 17 meses, y valoración que de las mismas hizo la Comisión, constituyan parámetros poco razonables para medir la capacidad económica de las empresas, pues como se dijo antes, la Comisión tomó en cuenta no solo las declaraciones de ventas de las empresas, sino también la restante información financiera suministrada y contenida en el expediente confidencial, debiendo tenerse presente que la calificación que de esa información hizo el citado órgano, se enmarca dentro del ámbito típico de la discrecionalidad de la Administración, solamente limitada por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. Así, estima el Tribunal que las multas impuestas a las aquí actoras resultaron ser razonables y proporcionales, en el tanto se denota una correspondencia entre la gravedad de las faltas encontradas, esto es, las prácticas monopolísticas absolutas, consideradas lesivas del proceso de competencia y libre concurrencia que son intereses públicos protegidos legalmente y de base constitucional, y el quantum que recibió cada una de ellas por esas infracciones, sobre todo por que en este caso específico se trataba de un bien de consumo masivo en nuestro país, como lo es el frijol, y que además constituía y sigue constituyendo un componente importante en la dieta de los costarricenses, circunstancias éstas que reflejan la magnitud de las implicaciones negativas que tales prácticas pueden representar para los consumidores y otros agentes que compiten en ese mercado. Adiciónese a lo acotado, que en ningún caso la multa

impuesta alcanzó siquiera el 10% del monto máximo previsto por la Ley, es decir, 680 veces el monto menor del salario mínimo mensual, de toda suerte que la suma de dinero que le fue fijada a cada persona jurídica por concepto de multa, no implicaba que éstas incurrieran en pérdidas o quedaran con saldos negativos en sus balances, lo cual se confirma en tanto ninguna de ellas lo expresó así como argumento de defensa en este proceso. Sobre este punto, el apoderado de Pedro Oller S.A., manifiesta que su representada actúa en otros mercados relevantes, por lo que las ventas tomadas en consideración incluyen no solo las ventas en el mercado investigado sino en muchos otros más, y que la porción de ventas de frijol es poco representativa en su giro comercial. Al respecto, aún y cuando son respetables esas argumentaciones, el Tribunal no las comparte, dado que la ley no establece que deba hacerse esa distinción a efecto de considerar la capacidad de pago de los infractores, ni mucho menos para fundamentar el quantum que finalmente se imponga por sus conductas. Es por todo lo anterior, que las multas fueron fijadas conforme al ordenamiento jurídico, cuentan con una adecuada motivación, resultaron ser idóneas, razonables y proporcionales en relación con el interés público que lesionaron y dictadas dentro de los parámetros establecidos por los artículos 25 inciso e) y 26 de la Ley aplicable (No. 7472). En consecuencia se rechazan los alegatos de las actoras tendientes a que se declare la nulidad de las multas establecidas mediante el acto final del procedimiento administrativo.-"

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA.- Ley número 7472 del veinte de diciembre de 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Fecha de vigencia desde 19/01/1995. Versión de la norma 12 de 12 del 22/07/2008. Datos de la Publicación Gaceta número 14 del 19/01/1995.
- 2 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 727 de las diez horas cuarenta minutos del veintiséis de febrero de dos mil diez. Expediente: 09-001186-1027-CA.
- 3 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA.- Sentencia número 55 de las quince horas treinta minutos del treinta de junio de dos mil nueve. Expediente: 05-000111-0161-CA.
- 4 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 755 de las nueve horas treinta minutos del diecinueve de octubre de dos mil siete. Expediente: 03-000060-0161-CA.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA.- Sentencia número 73 de las quince horas treinta minutos del ocho de marzo de dos mil seis. Expediente: 03-000060-0161-CA.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 2508 de las dieciséis horas treinta minutos del treinta de junio de dos mil diez. Expediente: 09-000851-1027-CA.
- 7 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA.- Sentencia número 43 de las dieciséis horas veintitrés minutos del veintiocho de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 00-000515-0161-CA.