



LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS EN LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|
| Rama del Derecho: Derecho del Consumidor. | Descriptor: Competencia Desleal. |
| Palabras Claves: Práctica Monopolística, Práctica Monopolística Absoluta, Práctica Monopolística Relativa, Concentraciones, Fusiones, Comisión Nacional de Competencia, Monopolio, Boycott Vertical. | |
| Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia. | Fecha: 14/01/2013. |

Contenido

| | |
|------------------------------------------------------------|----|
| RESUMEN..... | 2 |
| NORMATIVA..... | 3 |
| Las Prácticas Monopolísticas Absolutas..... | 3 |
| Las Prácticas Monopolísticas Relativas | 4 |
| Las Concentraciones | 5 |
| DOCTRINA..... | 7 |
| 1. Las Prácticas Monopolísticas Absolutas. | 7 |
| a) Fijación de Precios o Colusión de Precios. | 8 |
| b) Establecimiento de Acuerdos para Limitar la Oferta..... | 9 |
| c) Establecimiento de Acuerdos para Dividir Mercados..... | 10 |
| d) Coordinación o Concertación en Licitaciones..... | 10 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. Las Prácticas Monopolísticas Relativas. | 11 |
| a) División Vertical de Mercados. | 15 |
| b) Imposición de Precios de Reventa. | 16 |
| c) Venta Condicionada o Atada. | 17 |
| d) Convenios o Contratos de Exclusividad. | 18 |
| e) Boycott Vertical. | 18 |
| f) Depredación de Precios. | 19 |
| g) Discriminación y/o Denegación de Trato. | 19 |
| | |
| 3. Concentraciones o Fusiones. | 20 |
| | |
| JURISPRUDENCIA | 23 |
| | |
| 1. Definición de Práctica Monopolística | 23 |
| 2. Normativa Aplicable en Caso de Prácticas Monopolísticas | 27 |
| 3. Las Prácticas Monopolísticas y el Interés Público. | 34 |
| 4. Facultades de la Comisión para Promover la Competencia en Caso de Prácticas Monopolísticas. | 41 |
| 5. Prácticas Monopolísticas Absolutas. | 61 |

RESUMEN

El presente informe de investigación recopila información sobre las Prácticas Monopolísticas en la Ley de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, para lo cual se incorpora el aporte de la doctrina, normativa y jurisprudencia que se encargan de desarrollar tal concepto, sus tipos y la forma en que han respondido los Tribunales de Justicias y la Comisión de la Competencia ante la concurrencia de tales situaciones.

NORMATIVA

Las Prácticas Monopolísticas Absolutas

[Ley De Promoción De La Competencia y Defensa Efectiva Del Consumidor]ⁱ

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 actuales o potenciales 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 adquirir, producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringida o limitada de servicios.
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado, actual o futuro, en razón de la clientela, los proveedores, los tiempos, las zonas geográficas, 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 públicos.
- e) Rehusarse a comprar o a vender bienes o servicios.

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, prestando especial atención a aquellos en que los suplidores sean pocos.

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

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 9072 del 20 de setiembre de 2012)

Las Prácticas Monopolísticas Relativas

[Ley De Promoción De La Competencia y Defensa Efectiva Del Consumidor]ⁱⁱ

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 compra, venta o 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 del 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, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios comerciales, sujetos 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 costo medio por períodos prolongados y cuando existan indicadores de que las pérdidas pueden ser recuperadas mediante aumentos futuros de precios, salvo el caso de las promociones o la introducción de productos nuevos a precios especiales.
- g) Rehusarse injustificadamente a vender bienes o servicios normalmente ofrecidos a terceros.

- h) La imposición de diferentes precios o diferentes condiciones de compra o venta para compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones.
- i) Las acciones injustificadas para incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo de algún competidor.
- j) El condicionamiento, la imposición o cualquier acto tendiente a exigirle a un agente económico el cambio, la modificación o la sustitución de su marca comercial como requisito para comercializar sus bienes o servicios, así como exigirle la producción de bienes o servicios idénticos o similares a los ofrecidos por este con una marca impuesta distinta de la suya.
- k) En general, todo acto deliberado que induzca la salida de competidores del mercado o evite su entrada.
- l) El condicionamiento de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.
- m) Imponer, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, condiciones de pago u otras condiciones de tipo comerciales no reconocidas en las costumbres comerciales.

Para determinar si estas prácticas son sancionables, la Comisión deberá analizar y pronunciarse sobre las pruebas que aporten las partes tendientes a demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 9072 del 20 de setiembre de 2012)

Las Concentraciones

[Ley De Promoción De La Competencia y Defensa Efectiva Del Consumidor]ⁱⁱⁱ

Artículo 16°.-Concentraciones. Se entiende por concentración la fusión, la compraventa del establecimiento mercantil o cualquier otro acto o contrato en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, que han sido independientes entre sí y que resulten en la adquisición del control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más competidores; así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada,

adquiera el control de dos o más agentes económicos independientes entre sí y que son competidores actuales o potenciales hasta ese momento.

En la investigación de las concentraciones deben seguirse los criterios de medición de poder sustancial en el mercado relevante, establecidos en esta ley, en relación con las prácticas monopolísticas relativas.

1.- Serán aprobadas por la Comisión las concentraciones que no tengan como objeto o efecto:

- a) Adquirir o aumentar el poder sustancial de forma significativa y que esto conlleve una limitación o desplazamiento de la competencia.
- b) Facilitar la coordinación expresa o tácita entre competidores o producir resultados adversos para los consumidores.
- c) Disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

2.- Si se determina que la concentración tiene alguno de los objetos o efectos anteriores, la Comisión para aprobarla deberá valorar:

- a) Que la concentración sea necesaria para alcanzar economías de escala o desarrollar eficiencias, como las referidas en el artículo 12 de la presente ley, cuyos beneficios sean superiores a los efectos anticompetitivos.
- b) Que la concentración sea necesaria para evitar la salida del mercado de activos productivos de uno de los agentes económicos participantes en la concentración, como sería el caso de una situación financiera insostenible.
- c) Que los efectos anticompetitivos puedan ser contrarrestados por las condiciones impuestas por la Comisión.
- d) Se pretende cualquier otra circunstancia que a juicio de la Comisión proteja los intereses de los consumidores nacionales.

3.- La Comisión puede imponer una o varias de las siguientes condiciones para la autorización de una concentración, con el fin de reducir o contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos:

- a) La cesión, el traspaso, la licencia o la venta de uno o más de los activos, derechos, acciones, sistema de distribución o servicios a un tercero autorizado por la Comisión.

- b) La limitación o la restricción de prestar determinados servicios o vender determinados bienes, o la delimitación del ámbito geográfico en que estos pueden ser prestados, o del tipo de clientes al que pueden ser ofrecidos.
- c) La obligación de suplir determinados productos o prestar determinados servicios, en términos y condiciones no discriminatorios, a clientes específicos o a otros competidores.
- d) La introducción, eliminación o modificación de cláusulas contenidas en los contratos escritos o verbales, con sus clientes o proveedores.
- e) Cualquier otra condición, estructural o de conducta, necesaria para impedir, disminuir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la concentración.

Las condiciones impuestas deberán cumplirse en los plazos que establezca la Comisión, que no podrán ser mayores a diez años. Sin embargo, al vencerse el plazo, la Comisión podrá ordenar la extensión del plazo por cinco años más, si el agente económico aún presenta condiciones de operación que tengan efectos anticompetitivos.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 9072 del 20 de setiembre de 2012)

DOCTRINA

1. Las Prácticas Monopolísticas Absolutas.

[Ministerio de Economía, Industria y Comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{iv}

Las prácticas monopolísticas absolutas consisten en los acuerdos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con el propósito de restringir la competencia. Es decir son de carácter horizontal, esto es, que se presentan en un mismo nivel de la cadena de producción o comercialización de bienes y servicios.

La mayor amenaza para la competencia proviene de este tipo de acuerdos, ya que si las empresas acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a los consumidores, limitar la oferta de bienes y servicios y ganar utilidades como si fueran un monopolio.

En Costa Rica, este tipo de prácticas tienen unos análisis jurídicos especiales y diferenciados de las prácticas monopolísticas relativas. Su análisis parte de la premisa de que son nulas de pleno derecho, esto significa que son prohibidas bajo cualquier circunstancia. Es decir, se consideran ilícitas por sí mismas, independientemente del tamaño del mercado afectado, del poder de los agentes económicos involucrados, de sus motivaciones o justificaciones, o de sus efectos o resultados.

Para que una conducta tipifique como una práctica monopolística absoluta se deben cumplir dos elementos:

- a) Que los agentes económicos sean competidores entre sí.
- b) Que los mismos hayan incurrido en una de las prácticas contempladas en el artículo 11 de la Ley No. 7472.

En los términos del artículo 28 inciso e) de la Ley N° 7472 este tipo de prácticas pueden ser sancionadas con el pago de una multa de 0 a 680 veces el monto del menor salario mínimo mensual y la suspensión, la corrección o la supresión de la práctica de que se trate.

a) Fijación de Precios o Colusión de Precios.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^v

Este tipo de prácticas eliminan la competencia en precios en los mercados en que interactúan los distintos agentes económicos, los precios de los bienes se sitúan por encima de los niveles que prevalecerían bajo una estructura de mercado competitiva y eficiente, siendo esto uno de los factores más importantes en competencia.

Es una de las prácticas más graves por el daño que puede ocasionar a los consumidores, ya que si los productores o proveedores de un determinado bien o servicio acuerdan fijar el precio, éste tiende a ser más alto, lo que se traduce en un incremento de las ganancias de las empresas en perjuicio de los consumidores.

Además, incluye una gama de situaciones como la fijación de precios entre proveedores o productores, mediante acuerdos de precios máximos, mínimos o iguales.

Ejemplo: las empresas A, B, C, D y E competidoras entre sí, conforman una asociación; en acuerdo de sesión, deciden vender el producto que fabrican a un mismo precio; para ello acuerdan utilizar los medios de comunicación escritos con el fin de anunciar y promover a los consumidores la nueva estrategia de precios. El anuncio hizo presumir a la CPC de la existencia de una colusión o acuerdo, el cual fue reconocido por los agentes económicos involucrados. Con base al análisis per se y dada la intención de los agentes por vender su producto con un nuevo precio fijado para todos, la CPC decide abrir procedimiento administrativo ordinario para establecer la existencia o no de prácticas monopolísticas absolutas.

La práctica de fijación de precios, por ser una práctica monopolística absoluta, no requiere de demostración alguna sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, sino que son nulas de pleno derecho. Es decir, el tamaño del agente económico o su intención son elementos que se deben tomar en consideración para determinar el monto de la sanción que se le impondrá al agente económico, pero eso no les exime de responsabilidad.

A partir de la evidencia recabada en el expediente, la CPC procede a declarar nula de pleno derecho la concertación entre los agentes económicos investigados y ordena la suspensión de la práctica imponiendo a los agentes económicos una multa. Además, ordena a las empresas sancionadas a que realicen una publicación independiente sobre los precios que cada una cobrará en adelante.

Es importante, indicar que cada empresa es libre para establecer sus propios precios. Sin embargo, las leyes antimonopolio establecen la ilegalidad de cualquier acuerdo entre competidores en el tanto existan indicios claros que evidencien un acuerdo de precios.

b) Establecimiento de Acuerdos para Limitar la Oferta.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{vi}

Estos acuerdos entre competidores pretenden restringir la oferta de bienes y servicios y facilitan la manipulación de precios. Al implementarlos, las empresas obtienen poder para lograr rentas monopólicas e incrementar los precios. El efecto negativo en la eficiencia económica y en el bienestar de los consumidores es similar al que se obtiene en los acuerdos de precios entre competidores.

Ejemplo: Existen en el mercado tres empresas fabricantes de papel; dos de las empresas cuentan con el 70% de participación en el mercado. Estas dos empresas acordaron limitar la cantidad de producto disponible en el mercado a sus mayoristas, con el fin de crear escasez e incrementar sus precios.

c) Establecimiento de Acuerdos para Dividir Mercados.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{vii}

Este tipo de acuerdos producen beneficios al infractor al restringir la oferta e impulsar precios superiores a los de la competencia. La diferencia radica en la división del mercado mediante clientela, tiempos o espacios (zonas geográficas), lo cual permite otorgar ventajas a cada participante en su territorio respectivo, controlar la oferta y definir precios unilateralmente.

Ejemplo: Mediante una investigación de oficio se determinó la existencia de un acuerdo en el gremio de productores de rosas, con el propósito de que cada uno atiende mercados de clientes y zonas geográficas distintas. El efecto fue eliminar la competencia en precio y calidad y con ello, limitar las opciones de elección de los consumidores.

Los agentes económicos asumieron una posición monopolística en su respectiva zona, lo cual le permitía cobrar precios más altos.

d) Coordinación o Concertación en Licitaciones.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{viii}

Estos acuerdos pueden consistir en concertaciones de precios o cantidades entre licitantes o la abstención concertada a participar en las mismas, o bien, en subastas públicas. Dichas conductas obstaculizan los objetivos gubernamentales de competencia y libre concurrencia, eficiencia, transparencia y mejores condiciones posibles para la Administración, en las transacciones que se realicen en el sector público.

En el artículo 56 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se establece:

"que una oferta podrá ser rechazada cuando presente un precio inaceptable...". Asimismo, el numeral 56.3.5 indica que "estos supuestos deberán ser comprobados y acreditados en el expediente por la Administración, mediante estudio calificado. Cuando la Administración determine la presencia de los supuestos del numeral 56.3.3: Prácticas de comercio desleal u ofertas colusorias, deberá dar aviso a la Comisión para Promover la Competencia".

Ejemplo: La Institución Alfa requiere de la compra de servicios de fotocopiado, razón por la cual, decide que mediante los mecanismos que para tal efecto establece la Ley General de Contratación Administrativa y demás normas supletorias, se proceda a realizar un procedimiento de licitación pública con el fin de contratar los servicios indicados. En dicho concurso participan como oferentes las empresas Beta y Omega.

En el proceso licitatorio se encuentra evidencia de que los precios ofrecidos por las empresas eran semejantes, lo cual arroja un indicio de que posiblemente ha existido un acuerdo entre las empresas, por lo que se inició una investigación de oficio con el fin de lograr determinar si realmente el acuerdo se produjo.

Al comprobarse la colusión entre las empresas participantes, y al ser ésta una conducta prohibida por la ley, aún cuando los agentes económicos no logren sus objetivos; su actuación dio lugar a la sanción respectiva.

En materia concursal existen diversas formas de cometer el ilícito: ponerse de acuerdo en no participar; participar una sola empresa por cada concurso; que los competidores intercambian información entre ellos o que los precios bajen cada vez que un participante nuevo o infrecuente presente su propuesta a una licitación.

Esto se evidencia mediante la existencia de múltiples indicios que indiquen un patrón en el comportamiento de las empresas que frecuentemente se adjudican las licitaciones en una zona geográfica particular u otra forma.

2. Las Prácticas Monopolísticas Relativas.

[Ministerio de Economía, Industria y Comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{ix}

Las prácticas monopolísticas relativas se definen como los actos, contratos, convenios, arreglos o las combinaciones realizados por una empresa con poder en el mercado, con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes del

mercado, impedir sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

Estas prácticas 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.

No obstante, muchas de las prácticas relativas aparte de restringirla competencia, también pueden tener efectos procompetitivos y proeficiencia, por lo que sería incorrecto fijar una prohibición general. Por ello no existen reglas de aplicación general, cada caso es independiente y tiene efectos particulares en el proceso de competencia. Lo anterior obliga a analizar cada caso en forma individual y tomando en cuenta todas las circunstancias que rodean al mismo. La evaluación económica de las prácticas monopolísticas relativas requiere de información pertinente que posibilite la detección de los efectos eficientes o negativos en el mercado, en los consumidores y los usuarios.

El tratamiento que se les da a las restricciones verticales en la legislación de competencia, varía de un país a otro. En el caso de Costa Rica, para determinar si las prácticas monopolísticas relativas son ilegales o no, se deben comprobar tres elementos de conformidad con lo establecido en la Ley No. 7472. Estos elementos son los siguientes:

- a) Que el agente económico que comete la práctica tiene poder sustancial en el mercado relevante, situación que se define de acuerdo con los parámetros establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley N° 7472.
- b) Que se ha incurrido en alguna de las conductas descritas en el artículo 12 de la Ley.
- c) Que la práctica tiene o puede tener el objeto o el efecto de 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.

En la valoración de una posible conducta anticompetitiva es necesario tomar en cuenta una serie de criterios que determinan la gama de productos y el espacio geográfico, dentro del cual se presume que los agentes económicos están llevando a cabo prácticas contrarias a la Ley. Esto es lo que se define como mercado relevante.

La legislación costarricense, en el artículo 14, establece que para determinar el mercado relevante se deben considerar los siguientes criterios:

- 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.

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.

- b) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.
- c) 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.

El mercado relevante está conformado por dos dimensiones:

- El mercado del producto, esto es el producto o grupo de productos o servicios que son objeto de investigación y que se consideran intercambiables o sustituibles entre sí, tanto desde el lado de la demanda como por el lado de la oferta.

- El mercado geográfico, es decir, el área geográfica o territorio en la cual se distribuye y/o comercializa el producto o grupo de productos. Es decir, el mercado dentro del cual el consumidor tiene posibilidades de obtener el bien o servicio, y en el cual se desarrolla la competencia entre las empresas en términos de precios, calidad, disponibilidad, entre otros aspectos.

Otro elemento esencial para determinar la ilegalidad de una posible práctica monopolística relativa lo constituye el poder de la empresa que supuestamente realiza la práctica. Se considerarán ilegales aquellas conductas ejecutadas por un agente económico con poder sustancial en el mercado, esto es, por una empresa que tiene la capacidad de poder fijar precios unilateralmente o de restringirán 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.

En este sentido, el artículo No. 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece que para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial en el mercado relevante deben considerarse los siguientes criterios:

(...)

- a) Su participación en ese mercado y su 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.
- b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
- c) La existencia y el poder de sus competidores.
- d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.
- e) Su comportamiento reciente.
- f) Los demás criterios análogos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley"

La participación en el mercado relevante de la empresa, es uno de los principales criterios para determinar una posición dominante o el poder sustancial de una empresa en el mercado relevante. Dado que, por ejemplo, si una empresa, con una participación del 10% del mercado decide aumentar sus precios, los clientes inconformes podrían acudir a cualquiera de las otras empresas que satisfacen el restante 90% del mercado y pm las cuales no sería problema hacer pequeñas expansiones de su producción para atender a todos los clientes inconformes.

Caso contrario sucedería con una empresa que aumente su precio, teniendo ésta una participación de mercado del 70%, ya que los competidores tan sólo podrían abastecer una cierta porción de los clientes descontentos porque no tienen suficiente capacidad en sus fábricas. Así, muchos clientes no tendrían otra alternativa que pagar un precio más alto.

Aún cuando, la participación de mercado es uno de los principales criterios para determinar el poder sustancial, no se puede considerar como único elemento, ya que existen otros factores que igualmente son muy importantes, como por ejemplo, el tamaño de sus competidores, las barreras de entrada al mercado y el poder de negociación que la empresa pueda ejercer sobre sus clientes.

Finalmente, cabe indicar que el hecho de contar con un poder sobre el mercado relevante no es sancionable en sí mismo, lo sancionable es que se utilice ese poder para distorsionar las condiciones de libre competencia y concurrencia en el mercado. Es decir, lo que se busca con la supresión de este tipo de prácticas es una mayor competencia entre los agentes económicos de manera que existan mejores condiciones de mercado, por ejemplo, disminución en los costos, competencia en precios, otras opciones.

Como se indicó el artículo 12 de la Ley No. 7472, tipifica las prácticas monopolísticas relativas como los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes económicos del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

El artículo 28 de la Ley N° 7472 establece que las prácticas monopolísticas relativas pueden ser sancionadas con el pago de una multa de 0 a 410 veces el monto del menor salario mínimo mensual y la suspensión, la corrección o la supresión de la práctica de que se trate. En casos que revistan gravedad especial, COPROCOM puede imponer como sanción una multa equivalente al 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o una hasta por el 10% del valor de los activos del infractor, de las dos la que resulte más alta.

a) División Vertical de Mercados.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^x

Este tipo de prácticas se hacen entre dos empresas en niveles diferentes de procesos de producción y distribución. Por ejemplo, un acuerdo entre un fabricante y un distribuidor o entre un vendedor mayorista y un minorista o entre un fabricante y un proveedor de una de sus materias primas o productos semiterminados.

La división vertical de mercados da lugar a la integración de agentes económicos a costa de suprimir la competencia entre los distribuidores independientes relacionados con uno o varios tipos de productos. Además, los agentes involucrados actúan como una sola unidad empresarial, de la distribución y comercialización de los productos en relación a mercados, políticas de precios y otros aspectos inherentes.

En algunas circunstancias se orientan al logro de eficiencias en la distribución de marcas particulares; no representará riesgo para la competencia en el tanto el agente controlador de la marca no tenga un poder sustancial sobre el mercado relevante. No obstante, cuando lo tienen, puede generar limitaciones de entrada al mercado para otros competidores e impedir la libre competencia.

Ejemplo: La compañía Honestidad fabricante del producto "angelical", con poder sustancial en el mercado relevante presionó a la empresa Sorpresas, para que vendiera únicamente este producto y no los producidos por la competencia.

b) Imposición de Precios de Reventa.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xi}

Se trata de aquellos actos entre productores, distribuidores o proveedores donde se establece la obligación de fijar un precio mínimo o máximo, o cuando un productor decide no vender el producto o prestar el servicio a un distribuidor porque éste no aplica las políticas de ventas del productor.

Si bien podría decirse que en la mayoría de los casos la imposición de precios favorece al consumidor, al defenderlo del cobro abusivo del distribuidor y detallista, es necesario aclarar que el objetivo de la legislación de competencia no es exclusivamente la protección del consumidor a corto plazo, sino lograr una asignación eficiente de los recursos económicos. Si se permitiese tal conducta a los fabricantes, en épocas de crisis perfectamente podrían reducir el margen de ganancia de los detallistas, para mantener su nivel de ventas y proteger sus utilidades. Así, puede reiterarse que el propósito de la legislación de competencia es la defensa del buen funcionamiento del sistema económico como una totalidad.

Ejemplo: El Gerente de la empresa AB, -empresa que tiene poder sustancial en el mercado relevante- comunica y solicita a sus distribuidores que calculen los precios de venta de cierta forma, y anuncia sanciones para aquellos que no cumplan con dicha

regla. El distribuidor X por su parte se comunica con el proveedor-fabricante y le manifiesta que no está de acuerdo, porque él podría vender el producto a un precio inferior o superior.

El productor le señala que de no atender las reglas del juego dadas, podrían imponerle sanciones que irían desde una amonestación por escrito hasta una suspensión de la distribución del producto por tiempo indeterminado. Asimismo, se le podrían imponer márgenes mínimos de precios de venta, lo cual es una conducta análoga a la imposición de precios de reventa.

Finalmente, el productor le reitera que el precio de venta debe ser el que se le comunicó oficialmente con el fin de mantener el posicionamiento de la marca en el mercado, la imagen y otras características y que de no cumplir tácitamente con las condiciones, no le vendería más el producto.

c) Venta Condicionada o Atada.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xii}

Este tipo de práctica suele darse cuando un proveedor al vender un producto a sus clientes, lo hace bajo la condición de que también compre otro producto. De esta forma las empresas logran mantener su participación en el mercado al aprovecharse de las necesidades de sus clientes.

Ejemplo: La empresa S.O.L. pretende adquirir un espacio publicitario en un medio escrito y contacta una revista especializada con el fin de promocionarse en sus ediciones. Por su parte, la empresa O.S.A. propietarias de la revista y con un poder sustancial sobre el mercado relevante le informa a S.O.L. que le puede brindar los servicios siempre y cuando utilice el servicio de otra de sus empresas (S.U.L) que se dedica a elaborar la publicidad.

De esta forma, la empresa O.S.A. brinda sus servicios en forma condicionada a que S.O.L. adquiera el paquete completo por la publicación en la revista y la elaboración de la publicidad del producto que desea promocionar, a través de otra empresa suya.

d) Convenios o Contratos de Exclusividad.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xiii}

Los convenios o contratos de exclusividad en la compra o venta de bienes y servicios restringen la entrada de terceros al mercado relevante o implican el desplazamiento del mismo. Nuevamente hay que tener presente que para que esta práctica se considere prohibida el agente económico debe tener poder sustancial sobre el mercado relevante.

Como consecuencia de esta práctica se limitan las opciones de elección para el consumidor y para el comerciante, ya sea para el consumo o para la venta.

Ejemplo: La empresa Utilidad S.A., con poder sustancial en el mercado relevante, distribuye el producto "Ganancia" y utiliza una política de ventas restrictiva con todos sus distribuidores, de modo, que éstos no pueden ofrecer productos de la competencia, de lo contrario les quita la distribución del producto "Ganancia".

e) Boycott Vertical.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xiv}

Consiste en un acuerdo o concertación entre agentes económicos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en sentido determinado. De este modo, puede dar lugar a un desplazamiento indebido de agentes económicos o a la imposición de barreras de entrada.

Ejemplo: Una asociación de productores de clavos con un poder sustancial en el mercado relevante se ponen de acuerdo para ejercer presión ante sus proveedores, para que no le vendan materia prima a una nueva empresa que incursiona en su mercado. Como resultado se limita la competencia y libre concurrencia en el mercado.

f) Depredación de Precios.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xv}

La fijación de un precio bajo de un producto X, es una práctica común que podría no tener efectos anti-competitivos, ya que se supone que el proceso de competencia provoca que los precios se establezcan como resultado de la interacción de la oferta con la demanda. Es decir cuando una empresa fija un precio bajo para ganarle una porción del mercado a un competidor, esto generalmente evidencia un resultado del proceso de competencia en dicho mercado, ejemplo de ello es, cuando las empresas otorgan descuentos o promociones temporales para fomentar la demanda de productos, particularmente cuando se trata de la introducción de un producto nuevo.

Caso contrario se da cuando una empresa fija precios por debajo del costo para desplazar a sus competidores y recuperar pérdidas en el futuro mediante la imposición de precios monopólicos.

El establecimiento de precios de ruina o por debajo del costo puede constituirse en una práctica anticompetitiva, en el tanto persistan ciertas condiciones del mercado afectado que imposibiliten la entrada de nuevos competidores. En caso de que la práctica produzca los efectos esperados por el depredador de desplazar del mercado a empresas competidoras, las consecuencias inmediatas pueden significar el establecimiento de condiciones anticompetitivas de precio y venta semejantes a las que se producen cuando existe un monopolio.

Ejemplo: El fabricante de productos de limpieza para el hogar, con poder sustancial en el mercado relevante, tiene en el mercado su detergente LIMPIAMAS con precios por debajo de sus costos. En vista de que en este mercado existen barreras de entrada significativas como inversión muy grande o arancel muy alto, la empresa podría en un futuro imponer condiciones anticompetitivas a sus distribuidores.

g) Discriminación y/o Denegación de Trato.

[Ministerio de Economía, Industria y comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xvi}

Son acciones unilaterales realizadas en forma independiente por agentes económicos con poder sustancial sobre el mercado relevante, que niegan sin justa causa

condiciones de venta de bienes y servicios en situaciones normalmente ofrecidas a sus clientes. En consecuencia, pueden llegar a desplazar indebidamente a agentes económicos o establecer ventajas exclusivas a favor de algunos, en especial cuando existe inconformidad por las condiciones de compra o venta que empresas con poder sustancial pueden imponer.

Ejemplo: Las empresa CODOS denuncia a la empresa CUBOS por negarle el suministro de oxígeno que previamente se había convenido y por ofrecerle un tratamiento desventajoso en la venta de carbono, respecto a lo que les ofrecen a otros distribuidores. En este caso, existe una evidente y expresa intención de la empresa de darle un trato discriminatorio, dado que la empresa denunciada cuenta con poder sustancial en el mercado relevante y se comprueba efectivamente que se dan una serie de restricciones injustificadas al proceso de competencia.

3. Concentraciones o Fusiones.

[Ministerio de Economía, Industria y Comercio & Comisión para Promover la Competencia]^{xvii}

Una concentración es un acto que implica la adquisición de una parte o el todo de una empresa por parte de otra; así como la forma de controlar o ejercer el mando sobre los elementos que derivan de un acuerdo, convenio o contrato, tales como la compraventa, la fusión, la co-inversión, alianzas estratégicas para optimizar los recursos, otorgamiento de concesiones y otros.

Las concentraciones se pueden clasificar en:

- Verticales: cuando los agentes económicos que intervienen forman parte de las diferentes etapas del proceso productivo desde la fabricación de la materia prima, elaboración, comercialización o distribución. En estos casos comúnmente se da que la empresa absorbida o controlada sea cliente o proveedora de la otra.
- Horizontales: se realizan cuando los agentes económicos a concentrarse están situados en el mismo nivel de producción o comercialización. Se trata de la adquisición de un competidor que se une para competir más intensamente en el mercado en que participan, a partir de lo cual se pueden originar efectos positivos y negativos en la competencia.
- Concentraciones por conglomerados: son las que se realizan cuando las empresas que se pretenden unir participan en diversos mercados pocos

relacionados entre sí, con la finalidad de diversificar el mercado y ampliar su ámbito de acción.

Dentro del contexto globalizado de los mercados hacia el cual se orienta la economía del país, es importante destacar que las concentraciones muchas veces generan economías de escala y otras eficiencias, y en otras solamente crean poder de mercado, lo cual puede dar lugar a efectos anticompetitivos. En este último caso las empresas concentradas alcanzan una posición de control de la oferta y el precio de los productos que componen el mercado relevante, lo cual disminuye las posibilidades de elección de los consumidores, y en otros casos, facilita la conformación de carteles o acuerdos horizontales entre competidores.

La experiencia de la Comisión de Competencia en Costa Rica en materia de concentraciones (fusiones, adquisiciones o joint ventures de empresas) ha sido bastante limitada ya que la legislación dedica poco espacio para este tema.

De acuerdo al interés del legislador por dotar al Estado de instrumentos legales que le permitan hacer cumplir el precepto constitucional que establece la prohibición de los monopolios particulares en el país, la ley define como concentración:

"ARTICULO 16.- Concentraciones: Se entiende por concentración la fusión, la adquisición del control o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

Se señala además que en la investigación de las concentraciones se deben seguir los criterios para determinar el poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con los artículos 13,14 y 15 de la Ley N9 7472 (LPCDEC).

En lo que respecta a sanciones, la Comisión podrá imponer en el caso de que considere que la concentración es indebida, las siguientes:

- ❖ "La suspensión, la corrección o la supresión de la concentración de la práctica o concentración de que se trate.
- ❖ La desconcentración, parcial o total, de cuanto se ha concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que proceda.

- ❖ (...) El pago de una multa, hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna de las concentraciones prohibidas en esta Ley.
- ❖ El pago de una multa, hasta por setenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas."

Como ejemplo de concentraciones podemos indicar que la Comisión para Promover la Competencia solamente ha conocido un caso de fusión.

En este caso, la denunciante solicita a la Comisión de Promoción de la Competencia tomar las acciones necesarias para evitar los efectos que dicha concentración podría tener en la estructura de competencia en el mercado del producto que fabrican y comercializan.

A pesar de que las empresas denunciadas adujeron que no han incurrido en ninguna fusión de activos productivos y no existe ninguna variación en los registros públicos sobre la estructura y tenencia de las acciones de cada una de ellas, existen elementos que demuestran una fusión organizativa y la existencia de socios comunes. Por ejemplo, una visita a las plantas muestra el cambio de nombre; en la papelería y tarjetas de presentación; las listas de precios se han convertido en una sola lista, lo cual comprueba la definición única de una política de precios, eliminando la competencia que existía antes entre ellas. Hubo aceptación de estas empresas de que estaban realizando las acciones para cambiar los registros públicos, pero al iniciarse el procedimiento, decidieron suspenderlo; además realizaron acciones muy concretas en materia de racionalización administrativa y productiva, como es el caso de trasladar de lugar los niveles de administración de la planta y utilizar conjuntamente las bodegas para la distribución de la producción.

Una vez realizada la investigación del poder sustancial en el mercado relevante (definido por 4 artículos comercializados por las empresas) se determinó que era evidente la alta participación en el mercado de ambas empresas, en forma individual, y conjuntamente como producto de la fusión.

Los competidores que permanecen en el mercado de estas empresas son pocos y gozan de niveles muy bajos de participación. En algunos casos, existe una marcada dependencia de estos pequeños agentes de las empresas grandes, en lo relativo a materia prima.

La acción de la Comisión para Promover la Competencia se ha dirigido a facilitar el ingreso de nuevos competidores, especialmente del extranjero, mediante la solicitud al MEIC de reducir los aranceles a la importación. Simultáneamente, se pidió a las empresas fusionadas eliminar ciertas marcas del mercado, o darlas en licencia a competidores locales, de modo que su participación en el mercado se mantuviera en límites similares a los que tenía la empresa más fuerte antes de la fusión.

JURISPRUDENCIA

1. Definición de Práctica Monopolística

[Sala Primera]^{xviii}

Voto de mayoría:

“III. Tanto la sección octava, en el fallo de primera instancia, como el fallo recurrido, consideraron, que la Cámara si es un agente económico, y que no se dieron las aducidas razones de necesidad a fin de proceder al sacrificio de los animales y congelado de carne. De conformidad con el ordinal 2 de la Ley 7472, refiere, debe tenerse como agente económico a:...” *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*”. Así, conforme a la norma citada y con base en la relación de hechos tenidos por probados por el A quo, según lo estimaron también los jueces del Tribunal, la Cámara intervino en el mercado de venta de carne de cerdo, como agente económico. (Folio 757 del Expediente Administrativo). En criterio del Tribunal, los representantes de la Cámara han reconocido aún en el escrito de apelación, haber prestado un “servicio” de colocación de producto, por lo cual, según se alega, no percibe un ingreso, sino una comisión por el servicio prestado. La propia agrupación de porcicultores, esbozaron los jueces, reconoce que intervino en la prestación del servicio de congelamiento, pues el costo era alto, y su participación, permitía un beneficio a sus afiliados, además, en tanto se demostró que en el convenio con los productores la Cámara colocaría el producto, lo cual en efecto realizó, dando inicio al procedimiento administrativo (Hecho Probado no. 5). Agregaron los juzgadores, en la resolución administrativa 36-2002, si se tomó en cuenta la prueba recabada en la audiencia administrativa (considerando II.2.1), razón por la cual rechaza los argumentos en cuanto a haber omitido la prueba recabada en la audiencia ante la Comisión. En efecto, dicen, en el punto cuatro de dicho considerando, al

cuestionarse la razón por la cual no se habían tomado en cuenta criterios técnicos emitidos a favor del congelamiento, indican, la resolución refiere, que se demostró que la medida de congelar los cortes no se debió al proceso natural de crecimiento y sacrificio del animal, sino a los precios bajos que a ese punto mostraba la carne de cerdo (Acta 6-2000 del 6 de agosto de 2000), lo cual los llevó a restringir la oferta con el claro fin de mejorarlos. De tal forma, consideró la Comisión, no se trataba de sobrantes de carne, punto que avala el Tribunal. Así, indicaron los jueces, no se acreditó en los autos que el congelamiento de la carne se debiera a un estado de necesidad, sino a una medida dirigida a combatir los bajos precios que presentaba el mercado. De lo anterior, observa esta Sala, las Cámaras son entes de naturaleza corporativa, que han sido creadas para la defensa de los intereses gremiales, de ahí que sea lógico y esperable, que emitan políticas dirigidas a obtener los fines económicos de sus agremiados, sin que, de su sola naturaleza derive la emisión de políticas monopolísticas o restrictivas de la competencia. En su esencia, las cámaras constituyen entes asociativos, sin participación directa en el mercado, de ahí que a efecto de determinar si sus actuaciones coinciden con las de un agente económico, tales conductas deban examinarse a la luz de la legislación, que regula la materia. Por ello, estando ante un proceso judicial originado en la imputación de prácticas monopolísticas, procede analizar lo actuado a la luz de la norma que establece en que consisten tales prácticas. El canon 11 de la Ley 7472, establece, que se considerarán 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. 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...*” En el caso concreto, se tuvo por demostrado, en el fallo recurrido, que mediante actas 7-01 del 31 de mayo de 2001, artículo VI, y 8-01 del 14 de junio de 2001, la Junta Directiva de la Cámara, convocó a sus asociados a fin de analizar la situación del precio de la carne porcina, con la finalidad de proponerles congelar parte de su producción. En efecto se dispuso promover el proyecto de congelado, según el cual “*El productor aporta los cerdos, la Cámara paga el costo de todo el proceso, incluyendo el mantenimiento de producto congelado y una vez vendido todo el cerdo, se pagaría al productor el producto aportado (...)*”. (Hecho Probado no. 5) De lo anterior, se desprenden dos elementos esenciales, para la determinación del cargo. Primero, aunque la agrupación codemandada carezca en sí

misma de la naturaleza de un agente económico, es claro que sus actuaciones en el caso concreto, si se ajustan a las de ese tipo de participantes en el mercado, según los términos del cardinal 2, de la Ley 7472, toda vez que promueve un proyecto de congelado de carne, sobre la base de la existencia de precios bajos del producto. Evidentemente, tales políticas tuvieron lugar en un momento, en el cual sus agremiados afrontaban problemas por el bajo precio de la carne de cerdo. La misma Cámara admite que ha participado en la colocación ocasional de dicho producto, lo anterior se vislumbra a folio 192 del expediente judicial, al establecer: “*La Cámara ha prestado ocasionalmente servicios de colocación de productos de agentes económicos participantes en el mercado de la carne de cerdo*”. Lo anterior deja en claro que el ente corporativo actuó como un agente económico, al colocar en el mercado, bienes, por cuenta ajena, lo cual obliga al rechazo de los argumentos que esgrime la casacionista, en cuanto a que no demostró la participación de la Cámara, en ese carácter. Segundo, resulta correcta la valoración que hace el Tribunal, en cuanto a que, la decisión de congelar parte de la producción de carne porcina, como medida ante los precios bajos del mercado, albergaba la finalidad de impactar el alza en los precios de dicho bien. Mientras de las actas 7-01 y 8-01 se desprende la finalidad del proyecto de congelado, además las empresas co-actoras han reconocido, en efecto, que congelaron parte de su producción. Así, al concertarse prácticas o actos entre competidores, con el fin de elevar el precio de un producto, se evidencia que las conductas imputadas, se enmarcan dentro del supuesto que menciona el artículo 11 inciso b) de la Ley 7472, como prácticas monopolísticas absolutas. Conforme a las actas 7-01 y 8-01 de amplia cita, la Junta Directiva de la Cámara, acordó recurrir a los productores a fin de que colaboraran con el pago de un campo pagado, por el cual se instara al congelado de cerdos, nota que se publicó efectivamente en el periódico La Nación, el día 24 de junio de 2001. (Folios 7, 90 a 105, y 757 del Expediente Administrativo). Por lo anterior, no es de recibo la tesis de la casacionista, en cuanto a la violación de los artículos 2 y 11 b) de la Ley 7472, toda vez que la norma prohíbe los acuerdos entre agentes económicos, con el fin de aumentar el precio de bienes o servicios, de tal forma, que poco interesa que la cantidad congelada haya logrado impactar o no el precio de mercado, puesto que, acorde a la disposición legal citada, lo que se sanciona es el arreglo con dicho propósito entre Cámara y productores. Conforme a dicha normativa, tanto ese gremio como los productores, están impedidos de concertar acuerdos que impliquen el procesamiento, o comercialización de una cantidad menor a su producto, a fin de obtener mejores precios de venta. [...]”

IV. Previo a ingresar en el análisis de los reparos planteados en el recurso, es preciso referirse, por las particularidades del sub examine, a la legitimación de la Asociación Cámara Costarricense de Porcicultores para accionar en este proceso. Ello, toda vez que los efectos de la actuación administrativa impugnada recaen, principalmente, sobre dos agremiados. En primer término, conviene referirse al concepto de la legitimación procesal, la cual ha sido definida como *“un presupuesto sustancial de toda acción, necesaria para que se dicte una sentencia estimatoria, y por ello, junto con el derecho y el interés, es revisable aún de oficio. Es la aptitud para ser parte en un proceso, como actor (activa) o demandado (pasiva). La primera, ocurre cuando existe plena correspondencia entre el titular del derecho o interés y el demandante.”* (voto 258-F-S1-2010 de las 14 horas del 18 de febrero de 2010). De igual forma, se ha dicho que *“consiste en la idoneidad del sujeto para alegar una pretensión”* (voto 590-F-S1-2010 de 9 horas 30 minutos del 12 de junio de 2009). En el segundo agravio, la casacionista acusa interpretación errónea del artículo 30 de la Ley 7472, por cuanto la sentencia omite referirse a la excepción de caducidad presentada, la cual se funda en el argumento, de que la acción contra los señores Daniel Orlich y Oldemar Solís, se inició cinco días después de haber caducado. Adiciona, el acuerdo de apertura del 16 de octubre de 2001, no interrumpió el plazo de caducidad respecto de los señores Orlich y Solís. Al respecto, expuso el Tribunal, no llevan razón las actoras en su alegato, en cuanto a que los señores Orlich y Solís, no fueron impuestos de la apertura del procedimiento administrativo desde el 16 de octubre, sino con posterioridad. Dicen los juzgadores, no transcurrió el plazo de la disposición 30 de la Ley 7472, en virtud de la interrupción operada con el acto que dio inicio al procedimiento, puesto que las mismas personas tenían conocimiento de los hechos desde ese momento y además, por cuanto no se ampliaron cargos, sino solo la resolución inicial. Concluyen los jueces, no se les ha causado un perjuicio con la ampliación, que imposibilite su debida defensa, por el contrario, lo han podido ejercer cumpliéndose con el fin último de este principio constitucional. Al respecto, estima esta Sala, en el presente caso, la Cámara ha participado en el proceso, no en virtud de un interés propio, sino en representación de sus agremiados (interés corporativo). No obstante, en lo que atañe al presente agravio, en el cual reclama que la sentencia no hizo referencia a la excepción de caducidad presentada respecto de los señores Daniel Orlich y Oldemar Solís, la cual en su parecer dio inicio cuando ya había caducado, es claro que el ente asociativo carece de legitimación. Resulta innegable que la disposición impugnada solo surte efectos respecto de dos asociados – Daniel Orlich Aguilar y Oldemar Solís Rojas, y que por dicha razón, solo ellos resultan legitimados en forma directa para atacar la disposición. Además, lo cierto es que ninguno de ellos formuló recurso de casación,

sino que el agravio ha sido planteado por la Cámara, entidad que según se ha dicho, carece de la legitimación requerida a efecto de reclamar el vicio que alega, razón por la cual, el agravio resulta inatendible.”

2. Normativa Aplicable en Caso de Prácticas Monopolísticas

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX]^{xix}

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 fundamente 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 actores 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. ”

3. Las Prácticas Monopolísticas y el Interés Público.

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{xx}

Voto de mayoría

"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). Entre sus potestades están, al amparo del ordinal 27 ibídem, las siguientes: "a) Velar porque los entes y los órganos de la Administración Pública cumplan con la obligación de racionalizar los procedimientos y los trámites que deban mantenerse; además, eliminar los innecesarios, según se dispone en los artículos 3 y 4 de esta Ley. En caso de incumplimiento, le compete recomendar al jerarca imponer las sanciones

administrativas correspondientes a los funcionarios que cometan faltas graves en el ejercicio de sus funciones. b) Recomendar, a la Administración Pública, la regulación de precios y el establecimiento de restricciones que no sean arancelarias, cuando proceda de conformidad con los artículos 5 y 6 de esta Ley. c) Investigar la existencia de monopolios, carteles, prácticas o concentraciones prohibidas en esta Ley, para lo cual puede requerir a los particulares y los demás agentes económicos, la información o los documentos relevantes y sancionar cuando procesa. d) Sancionar los actos de restricción de la oferta estipulada en el artículo 36 de esta Ley, cuando lesionen, en forma refleja, la libre competencia en el mercado. e) Establecer los mecanismos de coordinación para sancionar y prevenir monopolios, carteles, concentraciones y prácticas ilícitas. f) Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de las leyes, los reglamentos, los acuerdos, las circulares y los demás actos administrativos, sin que tales criterios tengan ningún efecto jurídico. La Comisión no puede ser obligada a opinar." Luego, en el numeral 28 siguiente, estableció el Legislador en relación con el tema de las sanciones que puede aplicar dicho órgano: "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: a) La suspensión, la corrección o la supresión de la práctica o concentración de que se trate. b) La desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que procesa. c) El pago de una multa, hasta por sesenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber declarado falsamente o haberle entregado información falsa a la Comisión para promover la competencia, con independencia de otras responsabilidades en que incurra. d) El pago de una multa, hasta por cincuenta veces el monto del menor salario mínimo mensual por retrasar la entrega de la información solicitada por la Comisión para promover la competencia. e) El pago de una multa, hasta por seiscientos ochenta veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en una práctica monopolística absoluta. f) El pago de una multa, hasta por cuatrocientos diez veces el monto del menor mínimo mensual, por haber incurrido en alguna práctica monopolística relativa. g) El pago de una multa, hasta por cuatrocientos diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna concentración de las prohibidas en esta Ley. h) El pago de una multa, hasta por setenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas. En el caso de las

infracciones mencionadas en los incisos del e) al h) de este artículo, a juicio de la Comisión para promover la competencia, revistan gravedad particular, esta Comisión puede imponer como sanción 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. De esas dos multas se impondrá la que resulta más alta. Para imponer tales sanciones deben respetarse los principios del debido proceso, el informalismo, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad, los cuales informan el procedimiento administrativo estipulado en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública. Si el infractor se niega a pagar la suma establecida por la Comisión para promover la competencia, mencionado en los incisos d) a h) de este artículo, la Comisión certificará el adeudo, que constituye título ejecutivo, a fin de que, con base en él, se plantee el proceso de ejecución en vía judicial, en los términos que se dispone en el Código Procesal Civil." Asimismo, para fijar tales multas se requiere aplicar, según el ordinal 29 de esa Ley, los siguientes criterios de valoración: ". . . la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia del infractor y su capacidad de pago". Además, de conformidad con el artículo 67 ibid, la Comisión para promover la competencia considerará, entre otros supuestos, y así deberá sancionarlo, falta grave a la negativa de los comerciantes a entregar los documentos que les sean requeridos y ". . . que se consideren necesarios para garantizar el ejercicio de sus funciones." También podrá dicha Comisión tramitar ante las autoridades judiciales respectivas la figura de la desobediencia, artículo 68 siguiente, cuando las resoluciones u órdenes ". . . en el ámbito de sus competencias, . . . no sean observadas ni cumplidas en los plazos correspondientes establecidos . . .". A partir de los anteriores parámetros legales, en adición a las disposiciones que contempla el Ordenamiento Jurídico costarricense respecto del debido proceso, debe dilucidarse la presente controversia.-

[...] VI.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: Como ya se indicó, POZUELO S. A. recibió dos solicitudes de aportación de datos e informes para un procedimiento administrativo iniciado contra la Corporación de Supermercados Unidos. Esos requerimientos, sustentados en el numeral 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así como en las potestades que le brinda el numeral 27 de esa misma norma a la Comisión para promover la Competencia, se encontraban plenamente justificados. Si bien en contra de POZUELO S. A. no se había iniciado trámite alguno de investigación -presuponiéndose entonces

que los datos que le fueron requeridos están sustentados en un actuar correcto y propio dentro del Mercado donde se desenvuelve dicha empresa, y por consiguiente, no tenía razón alguna para negarlos u ocultarlos- es lo cierto que tal existencia no es un requisito necesario para legitimar a la Comisión para pedir informes en sus indagaciones. Fue el propio legislador quien consideró que la protección de los consumidores y directamente del funcionamiento del Mercado, contaba con tal trascendencia que, en tutela del interés público, era necesario autorizar a las Comisiones creadas sobre esa materia para acceder a los documentos y materiales en general que le permitieran cumplir a cabalidad con sus funciones. Confirmando la importancia de la protección indicada, la Sala Constitucional en su voto N° 2757-93 de catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de junio de mil novecientos noventa y tres resolvió, citando el voto N° 1441-92 de trece horas cuarenta y cinco minutos del dos de junio de 1992: ". . . dentro del concepto de "interés público" u "orden público", existen las medidas a través de las que el Estado interviene a fin de asegurar en la sociedad su organización moral, política, social y económica, y están incluidas dentro de ellas, las normas jurídicas que se refieren al control de precios en los artículos de consumo básico. Esto como clara manifestación del principio general contenido en el artículo 50 constitucional, que dispone que el Estado debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, lo que unido a la adhesión al principio cristiano de justicia social (art. 74 idem), determinan la esencia misma del sistema político y social costarricense, que lo definen como un Estado de Derecho. Por ello, se afirma que esos principios de orden público social, justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos de los consumidores." De igual manera en su voto N° 4463-96 de nueve horas cuarenta y cinco minutos del 30 de agosto de mil novecientos noventa y seis expuso: "Para la Sala el hecho de que los terceros puedan resultar afectados por la actividad comercial (acaparamiento, porcentajes de utilidad irrazonables, existencia de monopolios de carácter privado, etc.) hace factible que el legislador disponga, con fundamento en el artículo 28 de la Carta Política -obligaciones tales como la presentación de documentos e información sobre los bienes ofrecidos al público y ello no lesiona la disposición bajo análisis, ya que es consecuencia de los deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula. No es posible encontrar en el derecho a la intimidad, y en general en los que integran la vida privada de la persona, y que garantiza la Constitución Política, un escollo insalvable para la actuación del Estado en protección de terceros, cuando se trasciende el ámbito de la privacidad y se les involucra". Asimismo, tampoco se imponía indicarle los términos de la investigación que, como ya se dijo, no era en su contra y tal cautela, ni por asomo,

podría venir a lesionarle algún derecho. Más aún, tampoco resulta conveniente en una investigación evidenciar, ya sea a la parte, y mucho menos a terceros -como sucede en este caso-, respecto de los puntos específicos del estudio, pues lo que se quiere evitar es precisamente el ocultamiento de información. Lo pedido por el órgano director era con el fin de determinar si la denuncia planteada en contra del Consorcio investigado tenía algún sustento, y de la valoración de las consultas hechas, es claro para este Tribunal que ninguna ponía en riesgo algún secreto industrial y, más bien, refería a información que inclusive las autoridades tributarias deben de conocer también para cumplir con sus funciones. Sin embargo, POZUELO S. A. ha hecho lo necesario para no colaborar con la Administración y se ha opuesto a presentar lo que se le pidió. Ahora que le fue establecida una multa por su negativa -hipótesis autorizada en la ley sobre la materia al ser calificada como falta grave- pretende la anulación de la misma aduciendo, por una parte, falta de motivación con quebranto al debido proceso y por otra, violación al derecho de información privada, pero nada de ello ocurrió en la especie, pues la negativa a colaborar es el motivo de la sanción impuesta, como lo especificó de manera clara el Legislador en la norma que aprobó sobre la materia. El primer reproche, falta de motivación, es claro que no está presente en la especie, puesto que el acuerdo contenido en el artículo décimo de la sesión ordinaria N° 01-04 celebrada a las 17:30 horas del 13 de enero del 2004 de la Comisión para Promover la Competencia indica con claridad que el hecho sancionado a POZUELO S. A. consiste en su negativa a aportar la información que se le solicitó para analizar la denuncia presentada en contra del Consorcio Supermercados Unidos, gestión que se encontraba apegada a derecho, según se especificó en esa oportunidad, puesto que el Legislador, en tutela de los derechos de los consumidores y para ". . . defender eficazmente el proceso de competencia . . .", autorizó a la Comisión para requerir los documentos que considerara convenientes para cumplir con sus funciones. Al negarse expresamente a satisfacer lo pedido, es claro que incurrió en falta, tal y como se desprende del numeral 67 supra citado. Fue por ello que se le impuso una multa de cincuenta salarios que, como bien se justificó, tiene lugar no sólo por el amplio plazo durante el cual no ha querido la actora aportar la información que se le pidió -que a ese momento era de aproximadamente diez meses- sino también que dicho incumplimiento está causando la imposibilidad de determinar la ejecución de actuaciones irregulares que puedan estar afectando la competencia en el Mercado, lo que, como bien se estipuló en la resolución que se ataca, ha generado que la Comisión se vea impedida para ejercer ". . . las funciones de interés público que por ley tiene asignadas . . .", elementos que ciertamente justifican la imposición de la sanción más elevada. Con ello, la razonabilidad, proporcionalidad, legitimidad,

necesidad idoneidad e incluso legalidad de lo actuado queda en evidencia, no lográndose detectar los quebrantos alegados en este proceso. En razón de lo expuesto, ningún vicio que pueda afectar la legalidad de dicho acto se revela en la especie. En todo caso, a mayor abundamiento de razones, tómesese en consideración que si la Comisión no pudiera sancionar esas negativas, la posibilidad de ejercer los controles encomendados en el Mercado serían imposibles, circunstancia que definitivamente ha tenido muy claro la Sala Constitucional en las oportunidades que el referido numeral 67 ha sido objeto de impugnación constitucional. Sólo por medio de esa potestad puede la Administración ,accesar a los datos necesarios para confirmar o rechazar las denuncias formuladas, o investigar de oficio las eventuales anomalías que llegase a detectar. Si no contara con esa posibilidad de requerir los informes que considerara pertinentes y además, sancionar la negativa expresa o solapada, se estaría beneficiando a los eventuales infractores, dándoseles prácticamente inmunidad en sus actuaciones. El comportamiento inicialmente esquivo de POZUELO S.A. y luego su negativa expresa y tajante de presentar datos que si bien refieren a sus relaciones comerciales con el Consorcio Supermercados Unidos, en nada corresponden a supuestos secretos industriales o informes relacionados con asuntos que puedan serle posteriormente lesivos. Lo que sí permitiría determinar el cuestionario que tan insistente y vehementemente se negó POZUELO S. A. a responder son posibles irregularidades del actuar del Consorcio. En todo caso, la calificación de confidencialidad de lo pedido está dado por la misma ley, por que necesariamente así debía de manejarlo la Administración de haberlo proporcionado la actora, siendo imposible, en todo caso, arguir tal criterio como justificación por parte de POZUELO S. A. para evitar la presentación de lo solicitado.VII.-

En segundo término, insiste la actora respecto de un supuesto quebranto al derecho de inviolabilidad de la información privada, haciendo una variación de lo que indicó inicialmente en sede administrativa. En efecto, en aquella oportunidad insistió de manera reiterada, y esa fue supuestamente la justificación para no cumplir con lo requerido, que había abuso por parte de la Administración al pedir esos informes pues eran confidenciales, sin embargo, como bien lo acepta en este proceso, es lo cierto que la Sala Constitucional, en reiterados fallos, verbigracia: N° 6815-95 de quince horas veinticuatro minutos del 13 de diciembre de 1995, N° 4463-96 de nueve horas cuarenta y cinco minutos del 30 de agosto de 1996, N° 5306-95 de quince horas veintisiete minutos del 27 de septiembre de 1995 y N° 2001-13283 de once horas cincuenta y cuatro minutos del 21 de diciembre del 2001, confirmó la constitucionalidad de la potestad de requerir información por parte de los órganos de la

Comisiones establecidas en la ley de reiterada cita. Ahora lo que reclama, a partir de ese mismo título y bajo una redacción alambicada, es que se le pidió la información antojadiza a quien no era parte de un procedimiento administrativo y sin justificar las razones para ello. Empero, como se indicó en el considerando anterior, POZUELO S. A. incurrió en una falta al negarse a presentar los informes pedidos, los cuales tenían como base el estudio de una denuncia planteada en contra del Consorcio Supermercados Unidos, siendo necesario analizar las relaciones comerciales que éste y la actora mantuvieron y con ello definir la existencia o no de las irregularidades endilgadas. El negarse a presentar lo requerido, más que apoyado en un supuesto escudo de confidencialidad, parece dirigirse a evitar proporcionar datos que pudieran llegar a afectar al investigado, lo que sin lugar a duda, no lo ha contemplado el legislador como eximente de responsabilidad. Más aún, tal y como lo indicó la Sala Constitucional en el fallo 2001-13283 de once horas cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de dicimbre del dos mil uno: "El acceso a documentos privados no es antojadizo en el contexto de las relaciones comerciales, sino que resulta adecuado para combatir, como eventualmente en este caso, prácticas monopolísticas y proteger en general a los consumidores. Pero no solo es adecuado, sino también necesario. Este Tribunal considera que el Estado no podría defender eficazmente a los consumidores sin tener acceso a algunos documentos privados de los comerciantes involucrados. Ahora bien, obviamente no puede acceder a todo documento que se le antoje y aquí entra en juego la restricción del artículo 24. El acceso está limitado a los documentos que la ley señale en relación con sus competencias. A diferencia de la tesis de las accionantes, considera este Tribunal que no es realista exigir que esa ley dicte una lista taxativa. Dada la abigarrada y cambiante realidad mercantil, exigir en nuestro medio una lista así establecida por vía legal haría prácticamente nugatorias las potestades estatales. Este Tribunal se inclina a pensar que la garantía del párrafo quinto del artículo 24 se satisface en la medida que la ley defina cuáles son las competencias del órgano administrativo en función de las cuáles puede revisar los documentos. De esa manera podrá revisar únicamente los documentos que requieran sus funciones; deberá en cada caso fundamentar por qué es necesario tal documento para cumplir con sus fines. El administrado podrá objetar en la misma vía administrativa la petición de un documento en concreto y, en casos extremos, aun en la vía de amparo. En conclusión, interpretar el párrafo quinto mencionado tal como lo proponen las accionantes, equivaldría a anular de hecho, o al menos a limitar en exceso, el principio contemplado en el artículo 46 de la Constitución Política." En la especie el órgano de la Comisión explicó la razón de su solicitud, ciertamente no con la amplitud pretendida por la accionante, pues ello habría implicado una fuga de

información trascendental que sin lugar a duda llevaría a hacer nugatorias las funciones de la Comisión. Aquí lo relevante es que esa motivación general dada en aquella oportunidad, descartaba la supuesta solicitud antojadiza que aduce POZUELO S. A., permitiendo simultáneamente actuar ambas normas constitucionales, sea la número 24 y la 46, así como las ya indicadas de la Ley sobre la materia, máxime que la actora no era parte en ese procedimiento y lo peticionado era con el fin de cumplir las competencias encargadas, además de que, ni por asomo -tanto así que nunca se justificó de tal manera- esa información podría llegar a poner en peligro su posición dentro del Mercado o bien afectarle de alguna forma su estabilidad e ingresos, con lo cual es claro que el interés público existente de por medio, debía prevalecer frente al privado y a simples manifestaciones infundadas cuya finalidad puede ser cuestionable, quedando finalmente fundamentada la sanción impuesta. Así las cosas, no queda más que acoger la excepción de falta de derecho interpuesta por el Estado, puesto que los reclamos formulados por POZUELO S. A. carecen de sustento legal que les ampare. De igual forma se procede en relación con la solicitud de restituirle en sus supuestos derechos lesionados así como respecto de los daños y perjuicios requeridos que, además de no ser objeto de demostración, resultan improcedentes en razón de la manera en que se resuelve este asunto, pues la detección de nulidad en los actos impugnados sería necesario sustento para aprobar esas solicitudes.

4. Facultades de la Comisión para Promover la Competencia en Caso de Prácticas Monopolísticas.

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{xxi}

Voto de mayoría

“III- SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD, EL SECRETO BANCARIO Y LAS FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA: En este asunto es necesario realizar una adecuada explicación y delimitación de lo que se entiende por el Derecho Fundamental a la Intimidad, consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución Política, el secreto bancario regulado en el numeral 615 del Código de Comercio, y las funciones o potestades de fiscalización e investigación de la Comisión para Promover la Competencia, otorgadas por el artículo 46 de la Carta Magna y desarrolladas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , con la finalidad de ver los alcances y límites de cada uno de estos institutos, y así aplicarlos al caso concreto. a) Sobre el Derecho Fundamental a la Intimidad. Alcances y Límites: El

Derecho Fundamental a la Intimidad se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política que dispone:

ARTÍCULO 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.

Justamente, esta Sección de este Tribunal abordó el tema del derecho a la intimidad respecto a sus alcances y límites, en una sentencia del año pasado, en la que se indicó en lo que interesa lo siguiente:

El artículo 24 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la intimidad, que se trata de un fuero de protección a la vida privada de las personas. La intimidad está comprendida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños. Dicha esfera de intimidad se justifica porque en un sistema democrático toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre ciertas actividades, datos, documentos u opiniones suyas, puesto que resulta imposible o muy difícil de convivir y desarrollar a plenitud los fines que una persona se propone, sin gozar de un marco de intimidad, protegido de injerencias del Estado o de otras personas (ver el artículo 11.2.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Una de las manifestaciones de este derecho fundamental, expresamente contempladas en el texto del artículo 24 constitucional, es la inviolabilidad de los datos y documentos privados. Esta garantía protege la confidencialidad de los documentos e informaciones privadas, lo cual, constituye una garantía para que los particulares no tengan acceso a ellos y a la vez implica una prohibición para que tanto los sujetos de derecho público como privado la suministren a terceros. En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que: "...El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional. Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio..." (sentencia número 2005-02703 de las diez horas diecisiete minutos del diez de marzo del dos mil cinco, y en sentido similar, la sentencia número 2003-00136 de las quince horas veintidós minutos del quince de enero del dos mil tres). Si bien es cierto, el Constituyente garantizó a toda persona un ámbito propio, una esfera privada, para proteger su intimidad, también lo es, que el propio texto constitucional establece que ese derecho fundamental no es absoluto, sino que en procura de resguardar otros bienes jurídicos tutelados (ver artículo 28 párrafos primero y segundo de la Constitución Política), es posible imponerle

limitaciones en casos concretos y calificados, a efecto de que la Administración Pública ejerza las potestades de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos que le otorgue una norma legal (artículo 24 párrafo 6º de la Constitución Política), o de que los terceros en ejercicio del derecho fundamental a la información sobre asuntos de interés público (ver artículo 30 de la Constitución Política), puedan tener acceso a ese ámbito privado, en aquellos supuestos en que esos datos o documentos tengan trascendencia para lograr la satisfacción y la tutela efectiva del interés público. Cabe destacar, que no se trata entonces de dejar sin efecto ciertos derechos para la protección de otros, pues entre los derechos fundamentales no existe una jerarquía propiamente dicha, sino más bien, de lograr la adecuada coordinación entre los diversos intereses presentes en una sociedad, a fin de procurar un punto medio necesario en cada caso entre el interés particular y el interés público (ver sentencia número 1999-07265 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las doce horas con treinta y nueve minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve). Con base en el fundamento constitucional anteriormente expuesto, es que el legislador está facultado no sólo para crear órganos o entes que ejercerán potestades de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos -como por ejemplo: la protección efectiva de quienes participan en el mercado como inversionistas, o como consumidores de bienes y servicios-, sino también, para imponer a las personas en casos concretos y calificados en que estén de por medio otros bienes jurídicos tutelados que trascienden esa esfera privada dada la incidencia que tienen sobre los terceros, el deber de proporcionar información o presentar documentos que estén relacionados con la actividad que realizan, a efecto de supervisar que su ejercicio no resulte contrario al interés público que se pretende regular y proteger (ver en sentido similar, la sentencia número 1996-04463 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis). (Sentencia número 838-2009; Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Sexta, a las ocho horas treinta minutos del seis de mayo de dos mil nueve). Precisamente, de la cita del numeral 24 constitucional y de la explicación dada al derecho a la intimidad realizada por esta misma Sección de este Tribunal, se pueden extraer las siguientes consideraciones relevantes: 1. El derecho a la intimidad protege la información confidencial de las personas o ciudadanos en general; 2. Aunque la información confidencial de los administrados está protegida por este derecho fundamental, puede ser ésta perfectamente accesada en procura de resguardar otros bienes jurídicos tutelados, como sería en el caso que nos ocupa evitar las prácticas monopolísticas y los derechos del consumidor; 3. El párrafo quinto del artículo 24 de la Constitución

Política, estableció la posibilidad que el legislador le otorgara a las Administraciones Públicas potestades de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos, en otras palabras, el derecho a la intimidad no es absoluto, permite excepciones, como la que se presenta en este caso, y que será analizada con detalle más adelante, en el sentido que con base en las potestades otorgadas por el artículo 46 de la Carta Magna y desarrolladas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la Comisión para Promover la Competencia se encuentra perfectamente habilitada, desde la perspectiva constitucional y legal, a solicitar la información que requiera a efectos de salvaguardar los intereses públicos de los consumidores, por lo que incluso puede requerir información protegida directamente por el derecho fundamental a la intimidad, ya que en ciertas circunstancias ese derecho fundamental debe ceder frente al derecho fundamental de protección al consumidor, ambos derechos de origen constitucional; b) El secreto bancario, alcances y límites: El secreto bancario se ha extraído de lo establecido en el artículo 615 del Código de Comercio, que dispone:

ARTÍCULO 615.- Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras.

Queda prohibida la revisión de cuentas corrientes por las autoridades fiscales.

Precisamente, en la misma sentencia citada anteriormente, esta Sección de este Tribunal, abordó el tema del secreto bancario, manifestando lo siguiente:

(..) secreto bancario prevista en el artículo 615 del Código Comercio, constituye una manifestación legal del bien jurídico tutelado a través de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política (derecho fundamental a la intimidad). En ese sentido, el secreto bancario es “...el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis...” (ver sentencia número 2005-02703 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas diecisiete minutos del diez de marzo del dos mil cinco, y en sentido similar, las sentencias número 2004-14210 de las quince horas cuatro minutos del catorce de

diciembre del dos mil cuatro y 2003-00136 de las quince horas veintidós minutos del quince de enero del dos mil tres). No obstante lo anterior, esta regla también admite excepciones, pues si bien es cierto, el secreto bancario constituye un mecanismo para proteger a las personas frente al uso indebido que se pueda hacer de sus operaciones financieras, en detrimento de su intimidad, también lo es, que en aquellas situaciones en que exista la posibilidad de que una persona física o jurídica haya podido incurrir en incumplimientos graves a las obligaciones que le impone el Ordenamiento Jurídico en el ejercicio de su actividad en el mercado financiero o de valores, que además, tengan la virtud de trascender el ámbito privado y puedan afectar a terceros, los órganos que conforme a la ley sean competentes para ejercer las potestades de regulación y vigilancia de dichas actividades, puedan tener acceso efectivo a esos datos –tal y como lo establece el propio artículo 615 del Código de Comercio-, e intercambiarlos entre sí –en el supuesto de que la norma legal así lo autorice-, como una forma de lograr no sólo el oportuno y estricto cumplimiento de dichas potestades de supervisión prudencial que les fueron asignadas (...)"

De la norma citada y de lo ya analizado por esta misma Sección de este Tribunal, se pueden hacer con respecto al secreto bancario, las siguientes precisiones: 1. El secreto bancario es una derivación legal del derecho fundamental a la intimidad. Esto significa que el secreto bancario no tiene un rango constitucional sino legal; 2. El secreto bancario, únicamente abarca la información concerniente a las operaciones bancarias, contratos bancarios, en general a las actividades que los clientes tengan con los bancos en sus actividades financieras; 3. Al igual de lo que sucede con el derecho fundamental a la intimidad, el secreto bancario, tiene sus excepciones, que son las mismas que se explicaron del derecho a la intimidad. Es decir, las Administraciones Públicas que por disposición constitucional o legal se le confieran potestades de supervisión y fiscalización con la finalidad de resguardar o proteger intereses públicos, la información confidencial puede ser perfectamente accesada por estas Administraciones Públicas que cuenten con esas facultades, siempre y cuando se haga siguiendo los procedimientos regulados normativamente y garantizando a los ciudadanos que su información no será divulgada o utilizada con otros fines que no sean los de proteger los intereses públicos superiores; c) Funciones o potestades de fiscalización e investigación de la Comisión para Promover la Competencia, otorgadas por el artículo 46 de la Carta Magna y desarrolladas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , para proteger de prácticas monopolísticas las actividades comerciales y a los derechos de los consumidores: Justamente, la Comisión para Promover la Competencia, es uno de esos órganos

administrativos que constitucional y legalmente, cuenta con potestades o facultades de fiscalización, supervisión y de protección a las actividades monopolísticas y a los derechos fundamentales del consumidor. En este sentido, el artículo 46 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

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

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

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

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

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

Nótese, que el artículo constitucional citado es claro en calificar como de interés público, inclusive con un rango constitucional, la obligación del Estado de proteger el libre mercado evitando las actividades monopolísticas, y por otro lado, proteger los derechos fundamentales del consumidor. Precisamente, como lo indica el texto de la norma constitucional citada, la ley especial regulará esas materias, y es lo que efectivamente viene a hacer la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , al otorgarle al la Comisión para Promover la Competencia, las siguientes facultades:

ARTÍCULO 21. Creación de la Comisión para promover la competencia. Se crea la Comisión para promover la competencia, como órgano de máxima desconcentración; estará adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Se encargará 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.

La instancia administrativa ante esta Comisión es obligatoria y de previo agotamiento para acudir a la vía judicial, salvo lo establecido en el artículo 17 de esta Ley.

ARTÍCULO 27. Potestades de la Comisión. La Comisión para promover la competencia tiene las siguientes potestades:

a) Velar porque los entes y los órganos de la Administración Pública cumplan con la obligación de racionalizar los procedimientos y los trámites que deban mantenerse; además, eliminar los innecesarios, según se dispone en los artículos 3 y 4 de esta Ley. En caso de incumplimiento, le compete recomendar al jerarca imponer las sanciones administrativas correspondientes a los funcionarios que cometan faltas graves en el ejercicio de sus funciones.

b) Recomendar, a la Administración Pública, la regulación de precios y el establecimiento de restricciones que no sean arancelarias, cuando proceda de conformidad con los artículos 5 y 6 de esta Ley.

c) Investigar la existencia de monopolios, carteles, prácticas o concentraciones prohibidas en esta Ley, para lo cual puede requerir a los particulares y los demás agentes económicos, la información o los documentos relevantes y sancionar cuando proceda.

d) Sancionar los actos de restricción de la oferta estipulada en el artículo 33 de esta Ley, cuando lesionen, en forma refleja, la libre competencia en el mercado.

e) Establecer los mecanismos de coordinación para sancionar y prevenir monopolios, carteles, concentraciones y prácticas ilícitas.

f) Cuando lo considere pertinente, emitir opinión, en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de las leyes, los reglamentos, los acuerdos, las circulares y los demás actos administrativos, sin que tales criterios tengan ningún efecto jurídico. La Comisión no puede ser obligada a opinar.

A esta Comisión no le corresponde conocer de los actos de competencia desleal en los términos estipulados en el artículo 17 de esta Ley. Estos casos son del conocimiento exclusivo de los órganos jurisdiccionales competentes.

Estas dos normas son claras al indicar que la Comisión para Promover la Competencia, cuenta con potestades de supervisión y fiscalización amplias, para

desarrollar en la realidad el postulado constitucional de protección del libre mercado y de evitar monopolios y prácticas monopolísticas. Ahora bien, la indicada Comisión, no solo tiene facultades de supervisión de las actividades comerciales con la finalidad de evitar monopolios o prácticas monopolísticas que distorcionen la fluides del mercado comercial, sino que también esas potestades bienen acompañadas de la facultad de sancionar a los agentes económicos que incurran en esas prácticas ilegales. En ese sentido, se regula en el artículo 28 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , esas sanciones, al disponer lo siguiente:

ARTÍCULO 28. 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:

- a) La suspensión, la corrección o la supresión de la práctica o concentración de que se trate.
- b) La desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que proceda.
- c) El pago de una multa, hasta por sesenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber declarado falsamente o haberle entregado información falsa a la Comisión para promover la competencia, con independencia de otras responsabilidades en que incurra.
- d) El pago de una multa, hasta por cincuenta veces el monto del menor salario mínimo mensual por retrasar la entrega de la información solicitada por la Comisión para promover la competencia.
- e) El pago de una multa, hasta por seiscientos ochenta veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en una práctica monopolística absoluta.
- f) El pago de una multa, hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna práctica monopolística relativa.
- g) El pago de una multa, hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna concentración de las prohibidas en esta Ley.

h) El pago de una multa, hasta por setenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas.

En el caso de las infracciones mencionadas en los incisos del e) al h) de este artículo que, a juicio de la Comisión para promover la competencia, revistan gravedad particular, esta Comisión puede imponer como sanción 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. De esas dos multas se impondrá la que resulte más alta. Para imponer tales sanciones deben respetarse los principios del debido proceso, el informalismo, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad, los cuales informan el procedimiento administrativo estipulado en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.

Si el infractor se niega a pagar la suma establecida por la Comisión para promover la competencia, mencionado en los incisos d) a h) de este artículo, la Comisión certificará el adeudo, que constituye título ejecutivo, a fin de que, con base en él, se plantee el proceso de ejecución en vía judicial, en los términos que se dispone en el Código Procesal Civil.

Como se desprende de la lectura de este artículo, es fácil apreciar, que la Comisión para Promover la Competencia, tiene potestades sancionatorias, que se manifiestan en dos tipos: Primera: Sanciones que se imponen a un agente económico cuando la Comisión, después de finalizado un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, determina que se cometieron prácticas monopolísticas o que distorcionaron de forma ilegal el libre mercado, es decir, la sanción final y principal; Segunda: Sanciones que se imponen a un agente económico, cuando durante la investigación que se da dentro de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, éste, declare falsamente o entregue información falsa, se niegue a dar información o la entregue de forma tardía a la Comisión. Precisamente, las segundas sanciones son las que interesan en este caso, debido a que son las que se encuentran enmarcadas en el deber de los agentes económicos de brindar la información que le solicite, en el caso que nos ocupa, la Comisión para Promover la Competencia, para poder investigar las posibles prácticas monopolísticas. Obligación de dar información que viene expresamente regulada en el artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , que indica en lo relevante:

ARTÍCULO 67. Documentos e información. Los comerciantes, a requerimiento de la Comisión para promover la competencia, de la Comisión nacional del consumidor y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, están obligados a:

a) Entregar, con carácter de declaración jurada, los informes y los documentos que se consideren necesarios para garantizar el ejercicio de sus funciones. La información suministrada es confidencial y el funcionario que viole el secreto de los datos confidenciales incurre en falta grave en el ejercicio de sus funciones. (...)

La negativa de entrega, la falsedad o la inclusión de datos inexactos o incompletos, en los documentos requeridos, debe ser sancionada como falta grave por las respectivas comisiones, según proceda. (...)

Los órganos y los entes de la Administración Pública deben suministrar la información que les solicite la Comisión para promover la competencia y la Comisión nacional del consumidor, para el ejercicio de sus funciones.

De lo dicho en la citada norma, es claro que la Comisión para Promover la Competencia, tiene la facultad de solicitar a cualquier agente económico, incluso a las Administraciones Públicas, la información que requiera para investigar si determinado sujeto ha cometido alguna conducta sancionada por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor . Ahora bien, estas potestades de solicitar información que tiene la Comisión para Promover la Competencia, incluso que también la tienen la Comisión Nacional del Consumidor y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (todos órganos administrativos encargados de hacer cumplir el mandato constitucional de proteger los intereses públicos de los consumidores y de evitar las prácticas monopolísticas), no rozan o vienen a violar el derecho fundamental de la intimidad regulado en el artículo 24 de la Carta Magna, ni mucho menos el secreto bancario establecido en el numeral 615 del Código de Comercio, ya que así ha sido, debidamente determinado por la misma Sala Constitucional, que dispuso en lo que interesa lo siguiente:

"Artículo 24. Consideraciones de esta Sala. Las accionantes echan de menos una lista taxativa de documentos que se pueden revisar. Considera este Tribunal que, por tratarse de una excepción al principio general de inviolabilidad de los documentos, el párrafo quinto del artículo 24 debe interpretarse restrictivamente. Sin embargo, no tan restrictivamente que anule de hecho o de derecho la excepción misma. En este caso, la excepción tiene además la particularidad de que apunta a cumplir con otro principio

-tan constitucional como el de la inviolabilidad de los documentos privados- contemplado en el artículo 46 de la Constitución Política. Para analizar el punto es necesario sopesar uno y otro principio; no vaya a ser que por defender unilateralmente uno de ellos el otro quede sin eficacia. Dicho más concretamente en relación con este caso, interpretar el párrafo quinto del artículo 26(sic) con sus excepciones y garantías de tal manera que anule, jurídica o fácticamente, el principio del artículo 46 es inaceptable. Las garantías de ese párrafo quinto no pueden ser interpretadas con tanto rigor que el artículo 46 pierda su eficacia. El acceso a documentos privados no es antojadizo en el contexto de las relaciones comerciales, sino que resulta adecuado para combatir, como eventualmente en este caso, prácticas monopolísticas y proteger en general a los consumidores. Pero no solo es adecuado, sino también necesario. Este Tribunal considera que el Estado no podría defender eficazmente a los consumidores sin tener acceso a algunos documentos privados de los comerciantes involucrados. Ahora bien, obviamente no puede acceder a todo documento que se le antoje y aquí entra en juego la restricción del artículo 24. El acceso está limitado a los documentos que la ley señale en relación con sus competencias. A diferencia de la tesis de las accionantes, considera este Tribunal que no es realista exigir que esa ley dicte una lista taxativa. Dada la abigarrada y cambiante realidad mercantil, exigir en nuestro medio una lista así establecida por vía legal haría prácticamente nugatorias las potestades estatales. Este Tribunal se inclina a pensar que la garantía del párrafo quinto del artículo 24 se satisface en la medida que la ley defina cuáles son las competencias del órgano administrativo en función de las cuáles puede revisar los documentos. De esa manera, podrá revisar únicamente los documentos que requieran sus funciones; deberá en cada caso fundamentar por qué es necesario tal documento para cumplir con sus fines...”

De la jurisprudencia constitucional citada, quedan claros los siguientes aspectos: 1. La Comisión para Promover la Competencia, tiene una potestad de rango constitucional (artículo 46 de la Constitución Política) y legal (Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor), de investigar y determinar si un agente económico viene incurriendo en prácticas monopolísticas o que distorcionen el libre mercado; 2. Para determinar que un agente económico viene violando las disposiciones sobre monopolios, es decir, para lograr cumplir con sus fines públicos asignados constitucional y legalmente, la Comisión para Promover la Competencia, tiene la facultad de solicitar, sea a un agente económico común o alguna Administración Pública, la información que necesite para llevar a cabo sus investigaciones; 3. A su vez, constitucional y legalmente, cualquier agente económico o Administración

Pública, tiene el deber de brindar la información que le requiera la Comisión para Promover la Competencia, siempre y cuando esta información se solicite dentro de las funciones de investigación conferidas a dicha Comisión; 4. La información que solicite la Comisión para Promover la Competencia para investigar las actividades monopolísticas ilegales, no viola el derecho a la intimidad, debido a que la información que requiera dicha Comisión, viene amparada por el deber constitucional del Estado de impedir toda práctica o tendencia monopolizadora, que se desarrolla en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , por lo que los artículos 24 y 46 de la Constitución Política se complementan al permitir que la información confidencial privada sea proporcionada al Estado, cuando este último tiene que cumplir intereses públicos superiores. En palabras sencillas, el interés privado a la información privada cesa ante el interés público superior. Asimismo, la información que solicite la Comisión para Promover la Competencia, mucho menos viola el secreto bancario, ya que éste ni siquiera tiene rango constitucional, mientras que la protección del Estado a los administrados de prácticas monopolísticas ilegales tiene un rango constitucional superior, que se encuentra por encima del mismo secreto bancario; 5. Si un agente económico o administración pública se niega a brindar la información solicitada por la Comisión para Promover la Competencia, puede ser sancionado, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su respectivo reglamento. Justamente, en este caso, la información solicitada por la Comisión para Promover la Competencia al Banco Nacional de Costa Rica, no viola el derecho a la intimidad ni el secreto bancario, tal y como se analizará en el siguiente considerando.

IV- SOBRE LA LEGALIDAD DE DEL ACUERDO SEXTO DE LA SESIÓN ORDINARIA NÚMERO 30-2009, CELEBRADA EL 29 DE SETIEMBRE DEL 2009 Y EL VOTO NÚMERO 03-2010 DEL 12 DE ENERO DEL 2010, AMBOS DICTADOS POR LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. LA INFORMACIÓN REQUERIDA AL BANCO NACIONAL NO VIOLA EL DERECHO A LA INTIMIDAD NI ESTÁ COMPRENDIDA POR EL SECRETO BANCARIO: Aplicando al caso concreto lo explicado en el considerando anterior, este Tribunal llega a la conclusión de que las conductas impugnadas consistentes en el acuerdo sexto de la sesión ordinaria número 30-2009, celebrada el 29 de setiembre del 2009 y el voto número 03-2010 del 12 de enero del 2010, ambos dictados por la Comisión para Promover la Competencia, mediante los cuales se le impuso al Banco Nacional de Costa Rica la multa de nueve millones ochocientos once mil seiscientos cincuenta colones (¢9.811.650), por violación del artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva

del Consumidor , se encuentran ajustados a derecho, por las siguientes razones: 1) Se tiene como un hecho probado, que la Comisión para Promover la Competencia en la Sesión Ordinaria número 17-2008, celebrada el 27 de mayo del 2008, en el artículo cuarto acordó ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario contra el Banco Nacional de Costa Rica, con el fin de obtener la verdad real por la presunta comisión de prácticas monopolísticas, de conformidad con los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Nótese, que la Comisión para Promover la Competencia, lo que acordó en la sesión citada, fue la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio por presunta comisión de prácticas monopolísticas por parte del Banco Nacional de Costa Rica. Ahora bien, dentro de las potestades de investigación de la Comisión para Promover la Competencia, dentro de un procedimiento ordinario sancionatorio, debidamente iniciado, por medio del oficio número UTA-CPC-0294-08 del 14 de agosto del 2008, el Presidente del Órgano Director de la Comisión para Promover la Competencia, le indicó al Apoderado Especial Administrativo del Banco Nacional de Costa Rica, textualmente lo siguiente:

"Con el fin de obtener información esencial para la investigación y de conformidad con los artículos 27 inciso c) y 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y el artículo 264 de la Ley General de la Administración Pública, se le solicita que aporte, en un plazo no mayor de diez días hábiles a partir de la presente notificación, la siguiente información: (...) 13. Aporte la lista de los afiliados de la operadora de pensiones, que tengan operaciones crediticias con el banco, indicando dirección y teléfono, para los años 2007 y el 2008 a la fecha.(...) Se le previene a la empresa que de conformidad con el artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y 64 de su Reglamento, la información y los documentos aportados deberán ser entregados con carácter de declaración jurada, y de acuerdo con el artículo 28 inciso c) se le podrá imponer una multa de hasta sesenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual al agente económico que haya entregado información falsa. De igual forma, se podrá imponer una sanción de hasta cincuenta veces el monto del menor salario mínimo mensual por retrasar la entrega de la información según lo estipulado en el artículo 28 inciso d) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Asimismo, se le previene a la parte que ante el retraso en la entrega de la información solicitada se procederá a instruir procedimiento sumario."

Nótese, que la información solicitada por el Órgano Director de la Comisión para Promover la Competencia, se requiere como parte de una investigación, y además, el citado oficio es claro al indicar las sanciones y el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento. Esto se ajusta totalmente al procedimiento establecido en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor , y la conducta se encuentra amparada a las funciones asignadas a la indicada Comisión. Además, la información requerida es atinente a la investigación que se sigue, que es por una aparente práctica del Banco Nacional de Costa Rica de condicionar el otorgamiento de préstamos a sus clientes a que éstos se afilien a su operadora de pensiones. Ahora bien, parte de la información solicitada no fue entregada a la Comisión para Promover la Competencia por parte del Banco Nacional de Costa Rica. Por ello, mediante resolución de la Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión para Promover la Competencia, dictada a las once horas treinta minutos del veinticuatro de abril del dos mil nueve, se indicó textualmente en lo relevante para el dictado de esta sentencia, lo siguiente:

"En el artículo cuarto de la sesión ordinaria N° 17-2008 celebrada a las 17:30 horas del 27 de mayo de 2008, la Comisión para Promover la Competencia, abrió un procedimiento administrativo ordinario contra el Banco Nacional de Costa Rica (BNCR) por una supuesta violación a los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472. Así con fundamento en la facultad conferida a esta (sic) órgano por el artículo 67 de la ley de cita, se procedió a solicitar a esa parte, información que se consideró necesaria con el fin de cumplir el objetivo del procedimiento, averiguar la verdad real de los hechos que van a servir de motivo para el acto final, es decir, para poder determinar si esa entidad bancaria incurrió en alguna de las prácticas monopolísticas previstas en el artículo 12 de la Ley N° 7472. Posteriormente, el 5 de setiembre del 2008, el BNCR envió la información solicitada, excepto la que correspondía al punto número 13, que se refiere a información sobre sus clientes, por estimar que esa información se encuentra protegida por el secreto bancario. (...) SE RESUELVE: Prevenir al Banco Nacional de Costa Rica que en un plazo no mayor de diez días hábiles, a partir de la presente notificación, aporte la siguiente información: Lista de los clientes del banco a quienes se otorgó un crédito durante el año 2008, indicando, nombre ó razón social, cédula de identidad ó jurídica, dirección y teléfono."

De este oficio se puede desprender que la Comisión para Promover la Competencia, le requirió al banco demandado, dentro de un procedimiento administrativo ordinario

sancionador, una información sencilla como lo es el aportar una lista de los clientes del banco a quienes se otorgó un crédito durante el año 2008, indicando, nombre ó razón social, cédula de identidad ó jurídica, dirección y teléfono, la cual este Tribunal considera que con base a todos los argumentos expuestos en el anterior considerando, es información que puede perfectamente pedir la Comisión para Promover la Competencia al Banco Nacional de Costa Rica. En este sentido, la información solicitada tiene dos características: Primera: Está comprendida dentro de las funciones asignadas a la Comisión para Promover la Competencia, otorgadas por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y la misma Constitución Política, debido a que es necesaria y pertinente para investigar la aparente comisión del Banco Nacional de Costa Rica en prácticas monopolísticas (artículo 27 y 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor); Segunda: Se solicitó la información, una vez que la Comisión para Promover la Competencia, había resuelto la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionador, por medio de la Sesión Ordinaria número 17-2008, celebrada el 27 de mayo del 2008, en el artículo cuarto, por lo que se viene siguiendo el debido proceso; Tercera: La información requerida, no viola el derecho a la intimidad, establecido en el artículo 24 de la Constitución Política, ya que como se explicó con detalle en el anterior considerando, las potestades de investigación otorgadas a la Comisión para Promover la Competencia, tienen rango constitucional (artículo 46 de la Carta Magna), y no riñe con lo dispuesto en el artículo 24 constitucional. Todo lo contrario, existe una armonía entre esas normas, debido a que los derechos fundamentales privados, ceden a los intereses públicos superiores, como sucede en casos como el presente, donde la información íntima de las personas cede su protección a efectos de que el Estado cumpla su deber en proteger los intereses públicos representados en evitar las prácticas monopolísticas y los derechos del consumidor; 2) Ahora bien, el Banco Nacional de Costa Rica, ha venido alegando la no entrega de la información requerida por la Comisión para Promover la Competencia, indicando que aportar una lista de los clientes del banco a quienes se otorgó un crédito durante el año 2008, indicando, el nombre o razón social, cédula de identidad o jurídica, dirección y teléfono, es información de carácter confidencial, ya que se encuentra protegida por el secreto bancario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política y 615 del Código de Comercio. Asimismo, aduce el banco actor que las cuentas bancarias de sus clientes son inviolables, y solo se pueda dar información si existe autorización escrita del titular de la cuenta o una orden judicial que provenga de autoridad judicial competente (en ese sentido ver el oficio del 4 de mayo del 2009 que se ha tenido como hecho probado en autos). Lo alegado por

el Banco demandante, es totalmente improcedente por las siguientes razones: a. La información que solicita la Comisión para Promover la Competencia, no está amparada por el secreto bancario, debido a que, como se ha venido explicando, el requerimiento de información realizado por la indicada Comisión, ni siquiera llega a violar el derecho fundamental a la intimidad regulado en el artículo 24 de la Constitución Política. El secreto bancario no es un instituto de rango constitucional, mientras que las potestades estatales de proteger la libre competencia y los derechos del consumidor, tiene asidero constitucional, por lo que no puede existir violación del secreto bancario cuando la información solicitada se hace con la finalidad de tutelar intereses públicos superiores y protegidos constitucionalmente, así como que el requerimiento de información se encuentre debidamente motivado y dentro de las funciones que debe desarrollar el órgano que la solicita; b. Además de lo dicho anteriormente, existe una particularidad en este caso, la cual consiste que la información solicitada es sencillamente una lista de los clientes del Banco Nacional de Costa Rica a quienes se otorgó un crédito durante el año 2008, indicando, nombre ó razón social, cédula de identidad ó jurídica, dirección y teléfono. Nótese que la información solicitada por la Comisión, no radica en las operaciones bancarias de los clientes con el banco actor, ni en general abarca información de transacciones bancarias, por lo que no está sometida de ninguna forma al secreto bancario. Además, debe considerarse que en general la información que le solicitó la Comisión al Banco Nacional de Costa Rica, no es información sensible, es una simple lista de clientes a los cuales se les otorgó un préstamo durante el año 2008, con sus nombres, identificaciones, telefonos y direcciones, información que también es evidente, puede ser accesada fácilmente utilizando otros medios. En consecuencia, la información solicitada por la Comisión para Promover la Competencia no viola el derecho constitucional a la intimidad, ni mucho menos el secreto bancario; 3) Precisamente, por el incumplimiento del banco actor, el órgano director del procedimiento administrativo, por resolución dictada a las nueve horas con quince minutos del cuatro de junio del dos mil nueve, resolvió someter a conocimiento de la Comisión para Promover la Competencia la negativa de entrega de información emitida por el Banco Nacional de Costa Rica, con el fin de que se considere si configura una violación al artículo 67 de la Ley Nº 7472 y sus reformas. Justamente, en Sesión Ordinaria Nº 17-2009 celebrada a las diecisiete horas con treinta minutos del dieciséis de junio del dos mil nueve, artículo décimo, la Comisión para Promover la Competencia, acordó ordenar la apertura de un procedimiento administrativo sumario por la supuesta violación al artículo 67 de la Ley número 7472. Asimismo, de conformidad con los artículos 33 en relación con el 64 del Decreto Ejecutivo 25234-MEIC Reglamento a la

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y ordinales 320 al 326 de la Ley General de la Administración Pública, se procedió en este acuerdo a sustanciar un procedimiento administrativo sumario al Banco Nacional de Costa Rica, y conforme al numeral 324 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, se le otorgó al Banco Nacional de Costa Rica un plazo máximo de tres días hábiles para que formulara sus conclusiones sobre los hechos alegados, la prueba producida y los fundamentos jurídicos en que apoya sus pretensiones. Precisamente, por escrito recibido en la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia, el Banco Nacional de Costa Rica se pronunció respecto a la decisión de dicha Comisión de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo sumario por la supuesta violación al artículo 67 de la Ley número 7472, aduciendo que la negativa del Banco Nacional de Costa Rica de suministrar la información solicitada por la Comisión, no era un acto de arbitrariedad o de no deseo de colaboración, sino que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 de la Constitución Política y 615 del Código de Comercio, así como en la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, el Banco solo puede revelar información del tipo a la requerida, por dos supuestos; 1. Por autorización expresa del cliente y 2. Por orden de una autoridad judicial competente. De los hechos expuestos, este Tribunal llega a los siguientes aspectos relevantes para este caso: a. Por el incumplimiento del banco actor, se ordenó sustanciar un procedimiento administrativo sumario, por la supuesta violación al artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33 en relación con el 64 del Decreto Ejecutivo 25234-MEIC Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y ordinales 320 al 326 de la Ley General de la Administración Pública. Nótese, que lo que se ordenó en este caso, fue abrir un procedimiento administrativo sumario, que es lo que viene regulado como el procedimiento a seguir en los casos de que un agente económico cometa la infracción de negarse a la entrega, la falsedad o la inclusión de datos inexactos o incompletos, en los documentos requeridos dentro de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio. Es decir, el artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece infracciones que deberán sancionarse siguiendo un procedimiento administrativo sumario sancionador, regulado en los artículos del 320 al 326 de la Ley General de la Administración Pública. Este procedimiento es distinto al procedimiento administrativo ordinario sancionador, que viene regulado en el artículo 27 bis de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual se debe seguir para determinar y sancionar prácticas monopolísticas verticales u horizontales en los

mercados supervisados por las superintendencias. Justamente, en los casos del procedimiento administrativo ordinario sancionador dispuesto en el artículo 27 bis, se requiere el criterio de la superintendencia respectiva, previo a la aplicación de la sanción. Por su parte, en los casos de sanciones impuestas a los agentes económicos por infringir la aportación obligatoria de la información que requiera, en este caso, la Comisión para Promover la Competencia, el procedimiento a seguir es el sumario, el cual no requiere el criterio previo de alguna superintendencia; b) Justamente en el presente caso, el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio que se le ha venido siguiendo al Banco Nacional de Costa Rica, fue el ordenado por la Comisión para Promover la Competencia en la Sesión Ordinaria número 17-2008, celebrada el 27 de mayo del 2008, en el artículo cuarto, en la cual se acordó ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario contra el Banco Nacional de Costa Rica, con el fin de obtener la verdad real por la presunta comisión de prácticas monopolísticas, de conformidad con los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Precisamente, este procedimiento aún no ha concluido, ya que se encuentra en fase de investigación, y además, antes de que finalice y se imponga una eventual sanción, se deberá cumplir con lo estipulado en el artículo 27 bis de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ya que sería en ese procedimiento en el cual deba aplicarse lo dispuesto en dicha norma. Ahora, en este caso las conductas administrativas impugnadas, no son los actos finales de un procedimiento administrativo ordinario sancionador, sino de un procedimiento administrativo sumario sancionador, por lo que el requisito de contar con el criterio de la superintendencia respectiva antes de imponer la sanción, no es de aplicación en este caso. Por lo tanto, los alegatos del banco actor en el sentido de que las conductas administrativas impugnadas adolecen de un vicio sustancial que produce su nulidad absoluta, por no haberse consultado previamente a la sanción impuesta a la superintendencia respectiva, no son de recibo, ya que, como se explicó, son supuestos y procedimientos distintos; 4) Ahora bien, en Sesión Ordinaria número 30-2009 celebrada a las diecisiete horas con treinta minutos del veintinueve de setiembre del dos mil nueve, artículo sexto, la Comisión para Promover la Competencia, emitió resolución administrativa, en la cual se dictó el siguiente Por Tanto:

"Se declara con lugar el procedimiento administrativo sumario seguido contra el Banco Nacional de Costa Rica, cédula de persona jurídica N° 4-000-001021, por violación al artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 y por tanto: a) Se le impone al Banco Nacional de Costa Rica en

primer término, la sanción de pagar la suma de nueve millones ochocientos once mil seiscientos cincuenta colones exactos (¢9.811.650), que corresponde a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, con base en lo establecido por el Poder Ejecutivo mediante Decreto N° 35370-MTSS, publicado en el Diario Oficial la Gaceta N° 136 del 15 de julio del 2009, que estableció el salario mínimo mensual para el segundo semestre del 2009m en la suma de ciento noventa y seis mil doscientos treinta y tres colones exactos (¢196.233). (...) b) Se le ordena al Banco Nacional de Costa Rica, con base en el artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, 89 de su Reglamento y los artículos 225, 264, 297 y 300 de la Ley General de la Administración Pública, que aporte la información faltante y solicitada inicialmente mediante oficio UTA-CPC-0294-08 y posteriormente por resolución de la Unidad Técnica de Apoyo de esta Comisión, de las 11 horas con 30 minutos del 24 de abril del 2009. Se le previene que en caso de incumplimiento se aplicará lo dispuesto en el numeral 68 de la Ley N° 7472."

Precisamente, esta resolución fue impugnada por el Banco Nacional de Costa Rica, por medio del recurso de reposición presentado ante la Comisión para Promover la Competencia, y por voto número 03-2010, dictado por dicha Comisión a las diecinueve horas con cincuenta y cinco minutos del doce de enero del dos mil diez, se declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por el banco actor. Justamente, estas son las resoluciones impugnadas en autos, de las cuales aprecia este Tribunal, que son completamente válidas y cumplen a cabalidad con lo establecido en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. En este sentido, debe tomarse en cuenta que las resoluciones citadas son los actos finales de un procedimiento administrativo sumario sancionador, el cual, como se ha explicado, no se encuentra con vicios desde el punto de vista procesal y de fondo. Por ello, se declara sin lugar en todos sus extremos la demanda presentada por el Banco Nacional de Costa Rica contra el Estado, y se declaran válidos y eficaces el acuerdo sexto de la sesión ordinaria número 30-2009, celebrada el 29 de setiembre del 2009 y el voto número 03-2010 del 12 de enero del 2010, ambos dictados por la Comisión para Promover la Competencia, mediante los cuales se le impuso al Banco Nacional de Costa Rica la multa de nueve millones ochocientos once mil seiscientos cincuenta colones (¢9.811.650), por violación del artículo 67 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y además, se le giró la orden de aportar la información requerida consistente en la lista de clientes del banco a quienes se otorgó un crédito durante el año 2008, indicando, nombre o razón social, cédula de identidad o jurídica, dirección y teléfono."

5. Prácticas Monopolísticas Absolutas.

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IX]^{xxii}

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) ibídem, 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 016 CF-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 "indubio pro 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 *in iligendo* 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 compite 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 MONOPOLÍSTICAS 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 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." (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 dañosos, pues éste último no es un elemento condicionante de la tipicidad de la conducta que se castiga, en el tanto resulta resulta lesiva 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 de frijol 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, quiénes 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 esta 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 esta 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 subiendo. (...) 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 de frijol 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 frijol a 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 la duración 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 la capacidad 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.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ 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.

ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA.- Ley número 7472 del veinte de diciembre de 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. *Ibíd.*

ⁱⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA.- Ley número 7472 del veinte de diciembre de 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. *Ibíd.*

^{iv} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (2006). Aplicación de la Normativa de Competencia en Costa Rica. San José, Costa Rica. P 20.

^v MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). Guía Informativa de Competencia. San José, Costa Rica. Pp 23-24

^{vi} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). *op cit. supra nota 2.* P 24.

^{vii} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). *op cit. supra nota 2.* P 25.

^{viii} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). *op cit. supra nota 2.* Pp 25-26.

^{ix} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (2006). *op cit. supra nota 1.* Pp 27-29.

^x MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). *op cit. supra nota 2.* Pp 27-28.

-
- ^{xi} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. P 28.
- ^{xii} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. P 29.
- ^{xiii} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. P 29.
- ^{xiv} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. P 29.
- ^{xv} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. P 30.
- ^{xvi} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. P 29.
- ^{xvii} MINISTERIO DE ECONOMIA, INDUSTRIA Y COMERCIO & COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. (1998). op cit. supra nota 2. Pp 31-33.
- ^{xviii} SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 33 de las nueve horas con veinte minutos del diecinueve de enero de dos mil doce. Expediente 03-000274-061-CA.
- ^{xix} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IX. Sentencia 55 de las quince horas con treinta minutos del treinta de junio de dos mil nueve. Expediente: 05-000-111-0161-CA.
- ^{xx} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV. Sentencia 37 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del diecinueve de abril de dos mil seis. Expediente: 04-000229-0161-CA.
- ^{xxi} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV. Sentencia 2958 de las ocho horas del diez de agosto de dos mil diez. Expediente: 10-000668-1027-CA.
- ^{xxii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IX. Sentencia 43 de las dieciséis horas con veintitrés minutos del veintiocho de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 00-000515-0161-CA.