

Unclassified

Spanish - Or. English

28 August 2024

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

Latin American and Caribbean Competition Forum

FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión II: Medidas cautelares

- Contribución del Comité Centroamericano sobre Competencia (CCC) -

9 y 10 de octubre de 2024

Se hace circular el documento adjunto elaborado por del Comité Centroamericano sobre Competencia (CCC) PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 9 y 10 de octubre de 2024, en Santo Domingo, República Dominicana.

Sr. Paulo Burnier, Experto en Competencia Senior – Paulo.Burnier@oecd.org

JT03548608

Sesión III: Medidas cautelares

– Contribución del Comité Centroamericano sobre Competencia (CCC) –

(Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá)

1. Antecedentes

1. El Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO) a través de Resolución 441-2020 aprobó el Reglamento Centroamericano sobre Competencia, como parte de los compromisos asumidos en el Acuerdo de Asociación suscrito con la Unión Europea y Centroamérica, en la que los Estados firmantes se comprometen a tener una legislación y autoridad de competencia en cada uno de los países, de conformidad con el artículo 25 del Protocolo al Tratado General de Integración Centroamericana (Protocolo de Guatemala) y el artículo 21 del Convenio Marco para el establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana.

2. En este Reglamento se constituye al Comité Centroamericano de Competencia (CCC), integrado por representantes de las Autoridades Responsables de la Integración Económica y Autoridades Nacionales de Competencia de la región: por parte de Guatemala, el Viceministerio de Inversión y Competencia a través de la Dirección de Promoción a la Competencia del Ministerio de Economía (MINECO); por El Salvador la Superintendencia de Competencia (SC) y Ministerio de Economía (MINEC); por Honduras la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (CDPC) y Secretaría de Desarrollo Económico (SDE); por Nicaragua la Dirección de Promoción de Competencia (PROCOMPETENCIA) y Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC); por Costa Rica la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) y el Ministerio de Comercio Exterior (COMEX); por Panamá la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) y el Ministerio de Comercio e Industrias (MICI), con el apoyo técnico de la Secretaría Económica Centroamericana (SIECA).

3. Este Comité es el encargado de implementar, aplicar y gestionar los trabajos necesarios para cumplir con las disposiciones del Reglamento Centroamericano sobre Competencia. Además, es un Foro Técnico de discusión en materia de fomento, para la cooperación y promoción de la Competencia a nivel regional, en el marco de los instrumentos jurídicos del Subsistema de Integración Económica.

2. Marco jurídico e institucional.

4. Los seis países que integran el Comité Centroamericano han asumido el compromiso de aprobar leyes nacionales sobre competencia, a excepción de Guatemala que está pendiente de aprobación de su legislación. Todos los países han incluido dentro de sus facultades la imposición de medidas cautelares, ya sea que puedan proceder de oficio o, a petición de parte.

5. Para el caso del El Salvador su marco jurídico es en base a la Ley de Competencia (LC / Decreto No. 528) artículo 13 literal “S” y el artículo 14 literal “N” donde se reconocen las facultades al Superintendente y al Consejo Directivo de imponer, confirmar, modificar o levantar medidas cautelares; así como el artículo 60-A del Reglamento de la Ley de Competencia. Estas medidas cautelares pueden ser de oficio o solicitud de parte, antes de iniciar el procedimiento administrativo, durante la instrucción del procedimiento o una vez le sea remitido al Consejo el expediente del procedimiento administrativo, recayendo en: 1.- la suspensión temporal de actividades; 2.- sujetar determinados servicios o productos a condiciones en particular; y 3.- otras medidas que pudieran ser aplicables al caso. Estas serán atendidas por la autoridad, cuando exista: a) riesgo inminente para el mercado, que pudiera traer como consecuencia que se limite o restrinja la competencia; b) el acceso de un agente económico a un mercado; c) el desplazamiento de un agente económico; o, d) que la conducta investigada pudiera producir daños a terceros o a intereses públicos o colectivos. Un punto en particular es que dichas medidas podrán estar vigentes hasta que se dicte la resolución final del caso, sin embargo, podrán ser revocables en cualquier momento, a solicitud de parte o de oficio, si la Superintendencia lo estima procedente, siempre y cuando se compruebe que las causas que las motivaron han desaparecido o variado sustancialmente.

6. En Honduras, en 2005 se aprueba la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley de Competencia Decreto No. 357-2005), cuya disposición en el tema de medidas cautelares establece que su función es la de prevenir y/o adoptar precauciones a fin de evitar un perjuicio grave e irreparable al proceso de libre competencia o daños y perjuicios graves a los consumidores, por medio de acciones y/o actos llevados a cabo por los agentes económicos. En el Art. 17 de la Ley de Competencia Hondureña existen dos tipos de medidas cautelares: a) Medidas Precautorias: que se aplican en casos de concentraciones económicas, fusiones o adquisiciones. Su objetivo es evitar que estas concentraciones afecten negativamente la competencia en el mercado; y b) Medidas Provisionales: se aplican en situaciones derivadas de investigaciones de prácticas anticompetitivas. Estas medidas buscan prevenir daños irreparables mientras se lleva a cabo la investigación.

7. En Nicaragua, la Ley No. 601, “Ley de Promoción de la Competencia” en el artículo 42 establece las medidas cautelares en temas de competencia, reformado por el artículo 5 de la Ley No. 1202, “Ley de Creación de la Procuraduría Nacional para la Defensa de la Libre Competencia y de Resolución Alternativa de Conflictos”. Debe observarse al momento de la imposición de las medidas cautelares, los criterios para su aplicación señalados en el artículo 43 de la ley No. 601, son los siguientes: a) Que éstas procedan conforme a Derecho; y b) Que no exista posibilidad de causar daños irreparables a los interesados. En atención de lo anterior, la imposición de las medidas cautelares, no está a discreción del director de la Dirección de Promoción de la Competencia, éste último atenderá a lo dispuesto en la ley antes citada, asimismo deberá garantizar a las partes, el derecho a la defensa y el debido proceso. En el caso de otras medidas cautelares, debe hacerse una valoración por el judicial, para lo cual, se utilizará de manera supletoria la Ley 902, “Código de Procesal Civil de la República de Nicaragua”.

8. En el caso de Costa Rica, cuenta con dos entes administrativos a los que les compete la aplicación de la normativa de competencia en el país: la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), y la Superintendencia de

Telecomunicaciones (SUTEL), esta última autoridad sectorial especializada en telecomunicaciones. Su marco normativo se encuentra en el artículo 37 de la Ley N° 9736, “Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica”, y el artículo 21 y siguientes de la Ley 8508, “Código Procesal Contencioso-Administrativo”. En cuanto al contenido de las medidas cautelares, indica que se pueden dictar aquellas: “...adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del procedimiento especial y la efectividad de la posible resolución”.

9. Panamá, su marco jurídico relacionado con el uso de medidas cautelares en materia de competencia está conformado por los instrumentos jurídicos siguientes: a) Ley 45 de 31 de octubre de 2007 “Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición”; b) Decreto Ejecutivo 8-A de 22 de enero de 2009 “Por el cual se reglamenta el Título I (Del Monopolio) y otras disposiciones de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007”; y c) El Título II “Medidas Cautelares” del Código Judicial de la República de Panamá, como norma supletoria.

10. Las medidas cautelares contempladas en la Ley de Competencia en Panamá, incluyen la orden provisional de suspensión, corrección, supresión y la no implementación de actos o conductas contrarias a la libre competencia. Las medidas cautelares de carácter administrativo pueden ser ordenadas de oficio (por iniciativa propia) o a petición de parte.

3. Experiencia en materia de enforcement

11. La experiencia en materia de medidas cautelares ha sido limitada para Guatemala, El Salvador y Nicaragua, pues no posee experiencia en la aplicación de medidas cautelares.

12. Cabe señalar que en el caso de Nicaragua solo se han presentado 11 solicitudes de medidas cautelares, pero no fueron admitidas por falta de requisitos formales y por versar en algunos casos sobre el fondo del asunto en litis.

13. La Comisión de Competencia de Honduras en un proceso de concentración económica relacionada al sector agroalimentario, dada la importancia del sector y la complejidad de empresas involucradas, dictó medidas precautorias para realizar una investigación. En cuanto a las medidas provisionales, la Comisión determinó la imposición de medidas en un proceso de investigación de prácticas prohibidas por su naturaleza en el sector de distribución de medicamentos (farmacias), tales medidas declaraban que los requisitos impuestos por la asociación de farmacias independientes y la Alcaldía de la municipalidad que no permitían la entrada de nuevos competidores, debía suspenderse para evitar un perjuicio grave e irreparable al proceso de libre competencia y, daños y perjuicios graves a los consumidores.

14. Costa Rica, antes de la reforma a la Ley 9736, COPROCOM aceptó 2 solicitudes de medidas cautelares en dos procedimientos: **1)** denuncia por presuntas prácticas monopolísticas relativas y notificación de concentración económica. Con la entrada en vigor de la Ley 9736, COPROCOM gestionó 4 solicitudes de medidas cautelares, que fueron rechazadas por no cumplir requisitos; y **2)** en el caso de SUTEL, la tramitación de medidas cautelares ha sido limitada, lo cual dificulta determinar los alcances, la efectividad y los actos de seguimiento que podrían requerirse. Antes de la reforma introducida por la ley 9736, SUTEL, tuvo dos solicitudes de imposición de medidas cautelares, ambas en

procedimientos relacionados con prácticas monopolísticas relativas, que fueron rechazadas por el Consejo de SUTEL por considerar que no se cumplían todos los presupuestos requeridos. Con la entrada en vigor de la Ley 9736, SUTEL ha tramitado cuatro medidas cautelares en procedimientos especiales de competencia, siendo rechazadas las cuatro por no cumplir el presupuesto de apariencia de buen derecho.

15. En la experiencia de Panamá, el Caso Visa – Mastercard (2022), es una investigación administrativa iniciada en el año 2022, por presunto ejercicio abusivo de posición de dominio (conjunto) por parte de VISA y MASTERCARD, relacionado con el servicio de medios de pagos electrónicos mediante tarjetas, a través de transacciones realizadas digitalmente en la República de Panamá. En este caso, se ordenó una medida provisional de suspensión de cualquier tipo de comunicación, reclamación o amenaza en contra de las entidades que ejercen la actividad de adquirencia en Panamá, para evitar que sigan contratando con agentes que ofrecen el modelo LCA en el país y no imponer o implementar cualquier regla, programa o medida, que prohíba o restrinja la actividad económica que desarrollan los agentes en el modelo LCA en Panamá.

16. En el caso de los países de la región centroamericana, la experiencia de cooperación con otras autoridades de competencia en relación con las medidas cautelares ha sido nula, pues se carece de un cuerpo normativo que otorgue facultades a las autoridades, para poder implementar la medida.

4. Principales consideraciones en materia de políticas

17. En el caso de Guatemala no posee una política en cuanto a medidas cautelares y por ende experiencia propia.

18. El Salvador tiene la especialidad que tanto el Superintendente, como el Consejo Directivo tienen facultades para la imposición de medidas cautelares que taxativamente están enunciadas en su legislación, en cualquier etapa del proceso.

19. Honduras en cuanto a su política de aplicación de medidas cautelares, la Comisión de Competencia posee la facultad discrecional relacionada a la imposición de medidas como herramientas de control y prevención que puedan ser adoptadas de manera oportuna para disminuir y/o evitar efectos dañinos para los mercados y el ejercicio de la libre competencia, así como, graves daños a los consumidores. Sin embargo, estas medidas impuestas pueden ser recurridas en el órgano competente ante la Corte Suprema de Justicia, si el o los agentes económicos consideran que dichas medidas vulneran sus derechos.

20. Costa Rica, para otorgar o denegar alguna medida cautelar debe considerarse, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. La nueva ley también establece que cada autoridad de competencia contará con un Órgano Técnico (OTC) para cumplir con sus funciones. Al OTC le corresponde tramitar y resolver las etapas de investigación e instrucción del procedimiento especial de competencia. Cada una de esas etapas está a cargo de funcionarios distintos, que tienen facultades distintas y específicas. La etapa decisoria está a cargo del Órgano Decisor.

21. La reforma introducida modernizó sensiblemente el régimen de las medidas cautelares en materia de competencia, ampliando, entre otros aspectos, las autoridades competentes para dictarlas, ampliándose la posibilidad de que no sea solamente el Órgano Superior quien dicte dichas medidas, sino que los encargados de las etapas de investigación

e instrucción también están en la posibilidad de dictarlas, como los legitimados para solicitarlas.

22. Panamá al momento de ordenar una medida cautelar, además de la identificación del daño actual o inminente a las condiciones de competencia y la correspondiente valoración de los criterios para su aplicación, evalúa también los costos asociados a los riesgos que involucraría para los obligados, la implementación de una medida cautelar exagerada o desproporcionada, así como los costos asociados a casos que pudieran involucrar falsos positivos. La tramitación de la medida cautelar no influye en el proceso de investigación de las prácticas restrictivas de la competencia. Una vez la ACODECO ordena la medida cautelar y la notifica al investigado, se pierde la facultad de continuar con la investigación: la investigación debe haber cesado. Esto es así, toda vez que la imposición de una medida cautelar por parte de la ACODECO, lleva consigo la obligación de presentar el escrito de demanda dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la medida cautelar.

23. Los criterios para la aplicación de medidas cautelares en el caso de Nicaragua se describen en el artículo 43 de la Ley 601. Siendo los criterios para su aplicación los siguientes: a) Que éstas procedan conforme a Derecho y; b) Que no exista posibilidad de causar daños irreparables a los interesados.

24. En lo que respecta a los mercados digitales, la aplicación de las medidas cautelares impone, en algunos casos, un desafío; sin embargo, dada la velocidad vertiginosa con que pueden implementarse y surtir efecto los actos o conductas restrictivas de la competencia, los efectos de red y las economías de escala, propias de estos mercados, es de vital importancia la aplicación oportuna e inmediata de las medidas cautelares, cuando procedan según la legislación correspondiente a cada jurisdicción, con la finalidad de evitar los daños graves e irreparables que pueden incrementarse con rapidez en estos mercados, debido a los efectos de red.