

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los
incentivos para los acuerdos de clemencia****- Contribución de Costa Rica -**

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Costa Rica PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.

Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

JT03499079

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

- Contribución de Costa Rica -*

1. Antecedentes

1. La Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, en adelante (Ley N°9736), que entró en vigencia el dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve, introdujo por primera vez en nuestro país el programa de clemencia o de inmunidad, conocido en nuestra jurisdicción como el Programa de exoneración y reducción de la multa, que permite a la Comisión para Promover la Competencia, en adelante (COPROCOM) y a la Superintendencia de Telecomunicaciones, en adelante (SUTEL), como autoridad sectorial; una aplicación más eficiente del Derecho de Competencia en el país.

2. El también denominado “PROGRAMA DE BENEFICIOS DE EXONERACIÓN Y REDUCCIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS”, contribuye a aumentar la capacidad de las autoridades de competencia para detectar, sancionar y disuadir las prácticas monopolísticas absolutas de manera más efectiva, en la medida en que permite obtener información y evidencia sobre la comisión de este tipo de conductas anticompetitivas, ofreciendo incentivos a los agentes económicos y personas físicas¹ que hayan incurrido, coadyuvado, propiciado, inducido, participado o estén participando en la comisión de estas, para que revelen y presenten evidencia de su existencia a la autoridad de competencia correspondiente y cooperen con la investigación de esa infracción.

3. Las prácticas monopolísticas absolutas son conocidas en otras jurisdicciones como carteles económicos o empresariales, acuerdos horizontales anticompetitivos, colusiones, o acuerdos colusorios entre competidores. La normativa costarricense tipifica todos los carteles de “núcleo duro”, (fijaciones de precios, de volumen de producción, distribución de mercados y concertación de ofertas en contrataciones públicas) como prácticas monopolísticas absolutas y con la Ley N°9736 se introdujo adicionalmente el intercambio de información entre competidores con alguno de los objetos o efectos antes mencionados².

* Contribución fue preparada por la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

¹ Dentro de las que se incluye, tanto a aquellas que participen en representación de personas jurídicas o entidades de hecho, o por cuenta y orden de ellas; así como a los funcionarios públicos que coadyuven, faciliten, propicien o participen de cualquier forma en la realización de prácticas monopolísticas absolutas.

² Si bien el intercambio de información para fijar precios era una conducta sancionable desde la primera normativa antimonopolio del año mil novecientos noventa y cinco, la Ley N°9736 amplió la prohibición de intercambiar información para otros fines igualmente anticompetitivos.

2. Requisitos y procedimiento del programa.

4. Los artículos ciento veintiuno a ciento veintiocho de la Ley N°9736 establecen los requisitos y el procedimiento para que los agentes económicos y personas físicas puedan solicitar a las autoridades de competencia que les sean concedidos los beneficios de exoneración o reducción de las sanciones. Dichos artículos de la Ley N°9736 fueron reglamentados por los numerales ciento ochenta y cuatro a ciento noventa y cinco del Reglamento Ejecutivo a dicha Ley (Decreto Ejecutivo N°43305-MEIC del veintinueve de octubre de dos mil veintiuno).

5. Entre las características esenciales del programa se contemplan las siguientes:

- La aplicación del programa inicia a petición del interesado con la presentación de una solicitud, mediante el correo electrónico establecido por cada autoridad, para recibir el beneficio de exoneración o reducción de la multa, ante la autoridad de competencia correspondiente^{3 4}.
- Los requisitos comunes para aplicar al programa son:
 - Reconocer expresamente ante la autoridad de competencia correspondiente que ha incurrido, coadyuvado, propiciado, inducido, participado o que está participando en la comisión de una práctica monopolística absoluta.
 - Cooperar, de forma plena y continua, con la autoridad de competencia correspondiente durante el proceso de investigación y en la tramitación del procedimiento, en la forma en que se establece en el Reglamento Ejecutivo de la Ley N°9736⁵.
 - Terminar su participación en la práctica monopolística absoluta en el momento y en la forma que le indique la autoridad de competencia correspondiente.
 - No haber adoptado medidas para obligar a otros agentes económicos a participar en la infracción.
- El beneficio de exoneración total de la multa está supeditado a que el solicitante sea el primero entre los agentes económicos o personas físicas involucradas en la conducta, en aportar elementos de prueba veraz, que sean desconocidos para la autoridad de competencia correspondiente y que, a juicio de esta, permitan fundamentar la solicitud de una inspección o comprobar la comisión de una práctica monopolística absoluta. Los siguientes aplicantes recibirán una reducción menor según el orden de aplicación y cuando cumplan los mismos requisitos.

³ Así, el orden cronológico de recepción de la solicitud para acceder al programa será la determinante para decidir quién podrá ser exonerado del 100% del pago de la multa (primer solicitante) y quiénes se beneficiarán con reducciones parciales del pago de la multa, de la siguiente manera: 50% para el segundo solicitante, 30% para el tercer solicitante y 20% para el cuarto solicitante. El orden cronológico de presentación se determinará por la autoridad de competencia correspondiente, a través de la emisión del respectivo marcador y clave de la solicitud.

⁴ La solicitud deberá cumplir los requisitos que establece el numeral ciento ochenta y cinco del Reglamento Ejecutivo a la Ley N°9736 y puede presentarse aún si no existe una investigación en curso por parte de la autoridad de competencia, o, si ya existe, hasta antes del inicio de la etapa de instrucción.

⁵ Artículo ciento ochenta y ocho del Reglamento Ejecutivo a la Ley N°9736.

- El beneficio de reducción de la multa aplicará cuando los agentes económicos o personas físicas aporten elementos de prueba veraz y desconocidos por la autoridad de competencia correspondiente y que, ya sea por su naturaleza o por su nivel de detalle, le permitan a esta aumentar su capacidad para fundamentar la solicitud de una inspección o comprobar una infracción en relación con la comisión de una práctica monopolística absoluta.
- En los casos de prácticas monopolísticas absolutas que consistan en las denominadas “licitaciones colusorias”, aplicará también la exoneración en la inhabilitación de participar en procesos de contratación administrativa del Estado, pero este beneficio será exclusivamente para el primer solicitante.
- El beneficio de exoneración o de reducción de la multa concedido a un agente económico, beneficiará igualmente en el mismo porcentaje que haya sido otorgado por la Autoridad de competencia correspondiente a sus representantes legales o a las personas integrantes de los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con esa Autoridad hasta el dictado de la resolución final del procedimiento especial.
- Los agentes económicos y las personas físicas no podrán acogerse nuevamente al beneficio de exoneración de la multa cuando hayan participado anteriormente en prácticas monopolísticas absolutas que afecten el mismo mercado.
- Adicionalmente, la Ley N°9736 contempla la posibilidad para una persona o agente económico sujeto de una investigación en curso, de poner en conocimiento de la respectiva autoridad de competencia sobre la existencia de otra práctica monopolística absoluta que le era desconocida a esta; herramienta que en otras jurisdicciones es conocida como “amnistía plus” o “leniency plus”. A través de ese mecanismo, el solicitante, una vez que cumpla los requisitos de ley, obtendrá los siguientes beneficios:
 - 50% de reducción respecto de la multa por la práctica por la que ya era investigado por la autoridad de competencia correspondiente.
 - 100% de exoneración de la multa por la práctica adicional que reveló y desconocía la autoridad de competencia correspondiente.

3. Confidencialidad de la información.

6. Con relación a la confidencialidad en el procedimiento de clemencia y sobre la documentación que se recaba, la Ley N°9736 y su Reglamento Ejecutivo, disponen que la autoridad de competencia mantendrá con carácter de confidencial, la identidad del agente económico y de las personas físicas que soliciten acogerse al programa de clemencia. Lo anterior implica que una vez que se reciba una solicitud para aplicar al programa, esta se incorporará en un legajo separado y de carácter confidencial, junto con toda la información y los elementos de prueba que se aporten con ella, al cual únicamente tendrá acceso el solicitante y los funcionarios designados por la autoridad de competencia correspondiente⁶.

⁶ No obstante, la información que provea el solicitante podrá ser usada durante la investigación que, en su caso, inicie o que esté tramitando la autoridad de competencia correspondiente, guardando en todo caso, la confidencialidad de la identidad del solicitante.

7. Una garantía adicional que otorga el programa es que, en caso de rechazarse una solicitud para acogerse a este por no cumplir con todos los requisitos establecidos en la ley, o bien, en caso de revocarse el beneficio condicional otorgado, la autoridad de competencia correspondiente deberá devolver todos los elementos de prueba aportados por el solicitante y no podrá utilizarlos, salvo que ya hubiera tenido acceso a dichos elementos de prueba por otros medios⁷.

8. Adicionalmente, la resolución que resuelva de manera provisional o definitiva sobre el beneficio de exoneración o reducción de la multa, se le notificará únicamente al agente económico y personas físicas beneficiarias. Así las cosas, la confidencialidad, debe garantizarse durante todas las etapas del procedimiento del programa e incluso con posterioridad a la terminación del respectivo procedimiento especial.

9. Por otra parte, la legislación costarricense contempla que el funcionario de la autoridad de competencia que revele información declarada como confidencial por parte de una autoridad de competencia, ya sea en beneficio propio o de un tercero, incurrirá en falta muy grave y será sancionado con el despido sin responsabilidad patronal, siguiendo el debido proceso, con independencia de las sanciones penales que procedan; estando en la obligación esa autoridad de presentar la denuncia ante el Ministerio Público.

4. Retos futuros del programa.

10. Como se desprende de lo antes expuesto, al diseñarse el Programa de Beneficios de Exoneración y Reducción de las Sanciones Administrativas en la Ley N°9736, se analizaron los problemas que este tipo de instrumentos estaban experimentando en otros países y se procuró prevenirlos. Entre ellos, el descenso en su aplicación, justificado en cierta medida por las acciones civiles de las que podrían ser objeto los beneficiarios del programa. De allí que, con el fin de reducir parcialmente ese riesgo, se incorporó el artículo ciento veintiocho, el cual establece que el acogerse al programa no exonera a los agentes económicos responsables de los eventuales daños y perjuicios causados a terceros; no obstante, la responsabilidad civil del primer agente económico en acogerse al beneficio será subsidiaria a la de los demás infractores.

11. La responsabilidad subsidiaria para el primero en acogerse al programa significa que solamente le corresponderá pagar eventuales daños y perjuicios causados a terceros, cuando se demuestre que los otros participantes en el cartel no pueden cumplir con la obligación de pago. En tanto, los demás agentes económicos que conformaron el cartel tendrían una responsabilidad solidaria frente a los eventuales daños y perjuicios a terceros, esto es, una obligación conjunta que todos ellos deben resarcir.

12. A pesar de que se tomaron tales previsiones con el fin de asegurar la efectividad del programa, lo cierto es que la acción privada no es usual en el derecho antimonopolio en Costa Rica. En primer lugar, la normativa costarricense exige el pronunciamiento de la autoridad de competencia, de manera previa para acudir a los Tribunales de Justicia. Así, la aplicación sancionadora del Derecho de Competencia se realiza en sede administrativa, aunque las decisiones adoptadas por la autoridad de competencia correspondiente posteriormente pueden ser revisadas, si es que los interesados así lo accionan, en la vía judicial.

⁷ Artículos ciento veinticinco de la Ley N°9736 y ciento ochenta y siete y ciento ochenta y ocho del Reglamento Ejecutivo a la Ley N°9736.

13. Por otra parte, a la fecha y luego de sancionar dieciséis carteles en el país, no se ha iniciado caso alguno en los tribunales civiles por el reclamo de los eventuales daños y perjuicios que estos causaron. Tal circunstancia se debe, entre otros factores, a que la tutela de los intereses colectivos no ha logrado consolidarse en el país, a pesar de existir alguna normativa al respecto que no ha resultado suficiente para la efectiva protección de dichos intereses.

14. Así, los mayores riesgos que se prevé enfrentará el programa se relacionan más con: a) la percepción que puedan tener los agentes económicos respecto a la capacidad de las autoridades de competencia de detectar las conductas anticompetitivas en las que incurrir, y b) con las dificultades que puedan enfrentarse, en la práctica, para mantener la confidencialidad del o los beneficiarios del programa en un país pequeño, con algunos mercados altamente concentrados. Pese a ello, las autoridades de competencia se encuentran actualmente trabajando en la mejor manera de enfrentar tales riesgos.

15. Mientras tanto y dado que el programa de clemencia es de reciente desarrollo en Costa Rica y a la fecha no se han recibido solicitudes, para la COPROCOM y la SUTEL ha resultado vital poner a disposición de los agentes económicos y personas físicas una Guía relacionada con este programa⁸, que busca promover la transparencia, predictibilidad y seguridad jurídica, ofreciendo lineamientos a esos sujetos sobre los procesos que deberán seguir para acceder a este y los criterios que utilizarán las autoridades de competencia para determinar si otorgan o no estos beneficios. Recientemente, en el mes de mayo de dos mil veintidós, la guía fue oficialmente puesta a disposición de cualquier interesado, a través de una serie de talleres que se realizaron con sujetos de interés (entre ellos, con autoridades judiciales, académicos, bufetes especializados, cámaras, asociaciones de consumidores y agentes económicos en general).

16. Por otra parte, se cuenta con un Manual interno de este programa, complemento de la Guía, cuyo objetivo es ofrecer instrucciones y recomendaciones a los funcionarios de la COPROCOM y la SUTEL para contribuir con la efectiva y consistente implementación del instrumento.

17. Finalmente, se ha estado trabajando en una campaña publicitaria que incluye infografías y otros instrumentos similares para dar a conocer el programa y los beneficios a los que pueden acceder los agentes económicos que decidan participar.

⁸ La guía del Programa de beneficios de exoneración y reducción de sanciones administrativas, fue elaborada a través del apoyo en financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y puede ser consultada en los siguientes sitios web: <https://www.sutel.go.cr/guias-competencia> y https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/Guias_para_investigacion/Prog_BenExonReduSanciones.html.

ANEXO 1

¿Cómo funciona el Programa de Clemencia?



¿CÓMO FUNCIONA EL PROGRAMA DE CLEMENCIA?

