

EN ESTA EDICIÓN:

NOTICIAS

a. **Apertura de Procedimiento Administrativo en el Mercado de Estacionamientos Públicos. Expediente D-005-06.**

b. **Participación de COPROCOM en las propuestas que lleva Grupo Negociador del Ministerio de Comercio Exterior a nivel Regional sobre el contenido del Capítulo de Competencia, del Acuerdo de Asociación de Libre Comercio con la Unión Europea.**

c. **Proyecto de reforma al Capítulo de Competencia de la Ley N° 7472.**

JURISPRUDENCIA

A. **Consulta presentada por Raquel Carballo Arce en calidad de Gerente General de Caribbean Paradise sobre limitaciones para operar en el muelle de Limón. Expediente: C-02-07**

B. **Consulta remitida por el Lic. Juan G. Acosta M. de Onix Bufete & Inversiones sobre Ley de Contratación Administrativa. Expediente: C-011-07**

a. Apertura de Procedimiento Administrativo en el Mercado de Estacionamientos Públicos. Expediente D-005-06.

En el artículo séptimo del acta de la Sesión Ordinaria No. 14-2007 de la Comisión para Promover la Competencia, del día martes 09 de mayo del 2007, se conoce el informe relacionado con la investigación en el sector de estacionamientos. En ese sentido, la Comisión acogió la propuesta de la Unidad Técnica y ordenó la apertura de un procedimiento en el caso de estacionamientos públicos, por la supuesta violación al artículo 11 de la Ley No. 7472.

b. Participación de COPROCOM en las propuestas que lleva Grupo Negociador de Comex a nivel Regional sobre el contenido del Capítulo de Competencia, del Acuerdo de Asociación de Libre Comercio con la Unión Europea.

Por la importancia que merece el tema de competencia y libre concurrencia dentro de la negociación del Acuerdo de Libre Asociación con la Unión Europea el Ministerio de Comercio Exterior solicitó a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) los lineamientos sobre los puntos que debe contener el Capítulo de Política de Competencia, y cualquier otro que sea de interés; para que las Partes puedan cumplir con las futuras obligaciones que se establecerán en él. En ese sentido, la

Comisión para Promover la Competencia acordó en el artículo cuarto de la Sesión Ordinaria # 09-2007 remitir la propuesta base de negociación para el contenido del Capítulo de Competencia en el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea. De manera que dicha propuesta de contenido fuera un insumo a utilizar en el proceso de negociación a nivel Regional de previo a suscribir el Acuerdo Regional de Libre Comercio.

Claro esta, que a partir de esta propuesta, y de los ajustes que resulten durante las reuniones de trabajo a nivel centroamericano esta Comisión tiene la mayor disposición de trabajar conjuntamente con el equipo negociador, y realizar las observaciones y comentarios a los borradores de propuesta hasta llegar al documento final que se vaya a negociar y aprobar por las Partes involucradas.

c. Proyecto de reforma al Capítulo de Competencia de la Ley Nº 7472.

El pasado 27 de junio del año en curso, la Comisión para Promover la Competencia, en el marco del programa “Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección al Consumidor (COMPAL), casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Perú”, de la UNCTAD; con el auspicio de la Comisión de la Competencia de Suiza (COMCO) y la Secretaría de Estado de Economía (SECO) de Suiza; presentó en el Hotel San José Palacio, la propuesta de reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Nº 7472, elaborada por los

consultores Edgar Odio y Gesner Oliveira.

.....

JURISPRUDENCIA

A. Consulta presentada por Raquel Carballo Arce en calidad de Gerente General de Caribbean Paradise sobre limitaciones para operar en el muelle de Limón. Expediente: C-02-07

La Comisión para Promover la Competencia en el artículo séptimo de la sesión ordinaria 12-07 valoró el informe relacionado con la consulta presentada por Raquel Carballo Arce, Gerente General de Caribbean Paradise, sobre limitaciones para operar en el muelle de Limón. En ese sentido, la Comisión resolvió la consulta haciendo las siguientes observaciones:

“1. SOBRE LA FACULTAD LEGAL DE COPROCOM PARA EMITIR OPINIÓN

La Comisión para Promover la Competencia (en adelante COPROCOM) de conformidad con en artículo 27 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante Ley No. 7472) cuenta con la potestad para emitir opinión, cuando lo considere pertinente, en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos y demás actos administrativos.

2. CONSULTA PLANTEADA POR LA AGENCIA DE VIAJES CARIBBEAN PARADISE

La señora Raquel Carballo Arce en calidad de Gerente General de Caribbean Paradise remite a COPROCOM copia del documento de fecha 15 de enero del 2007, enviado al Ing. Walter Robinson Davis, Presidente Ejecutivo de JAPDEVA, donde le manifiestan lo siguiente:

a) Alegatos

1. Desacuerdo por la orden de desalojo dictada de manera verbal y supuestamente arbitraria por parte de señor Robinson para que el autobús LB # 969 conducido por el señor Javier Badilla fuera sacado del área portuaria de Limón.
2. La medida fue acatada por el Señor Alexander Hernández Saborío, teniendo como testigos del hecho Raymond Smith Parks, Sigurd Rivas Jiménez, Mario Anderson, Wright Davis.
3. La empresa afectada asumió una serie de compromisos económicos como son: el alquiler del autobús, pago de chofer, pago del guía de turismo, etc.
4. Se le indica al señor Robinson que el día 09 de enero del 2007, giró dicha orden, supuestamente porque la empresa afectada comercializa tours a precios inferiores a los de su competencia.
5. Limitaciones a los permisionarios al obligarlos ha agruparse en un único stand, reduciendo la esfera de comercialización de los servicios.

b) Relación de los hechos alegados y la opinión emitida por COPROCOM respecto al Reglamento para operar el C.P.L.M

1. Dado que el señor Carlos González, Presidente Ejecutivo de la Junta de Administración Portuaria solicitó a COPROCOM el estudio técnico del Reglamento para el Otorgamiento de Permisos de Uso de las Instalaciones Portuarias para la venta de servicios turísticos, artesanía y transporte a excursionistas en el Complejo Portuario Limón–Moín. Esta Comisión en sesión ordinaria # 27-2006, de fecha 22 de agosto del 2006, recomendó a JAPDEVA que el Reglamento consultado debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten el libre acceso e imposibiliten la introducción de una verdadera competencia. Asimismo, evite condiciones que operen como barreras de entrada en la operación del C.P.L.M y en su lugar activar el principio de libre competencia.

2. Dada la existencia del acuerdo citado en el punto anterior, la empresa afectada le comunicó a JAPDEVA que en virtud del pronunciamiento de COPROCOM no pueden ni deben intervenir en los precios de los tours -salvo norma legal que lo autorice- de conformidad con el principio de legalidad contenido en la Ley No. 7472, y a la vez, le hacen saber a JAPDEVA que no es su competencia limitar el ejercicio del libre comercio, como no lo hacen con Swiss Travel, Tam, entre otros.

3. IMPLICACIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA

A) Fundamentos Constitucionales y Legales

Las garantías constitucionales acreditadas en el artículo 46 constitucional califican como prohibidos los monopolios de carácter particular y

como de “*interés público*” la acción del Estado tendiente a impedir toda “*práctica o tendencia monopolizadora.*” En otras palabras, la Constitución Política al prohibir el establecimiento de monopolios, establece como norma de principio la libertad de comercio, de competencia y libre concurrencia. Lo anterior, claro está, debe interpretarse armónicamente con los demás principios establecidos en la misma Constitución Política.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley No. 7472 establece como principio general que “*se prohíben y deben sancionarse de conformidad con los artículos 24, 25 y 26 de esta Ley, los monopolios públicos o privados y las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él...*”

En razón de lo anterior, los órganos de la Administración Pública, en el ejercicio de sus potestades y atribuciones deben tutelar el interés público, mediante actuaciones y regulaciones que garanticen y promuevan las garantías constitucionales y los principios de competencia y libre concurrencia de los agentes económicos en el mercado; y en consecuencia mayores beneficios a los consumidores o usuarios.

B) CUANDO LA ACTUACIÓN ES CONTRARIA A LA LEY

En aras de una competencia en el mercado y de los intereses de los consumidores, los órganos de la Administración Pública en observancia del ordenamiento jurídico deben ser copartícipes de la tutela del proceso de competencia y libre concurrencia, evitando cualquier práctica discriminatoria y arbitraria. Claro ésta,

mediante una actuación apegada a la regulación de su competencia, pero a la vez, mediante la implementación de acciones que propicien, los siguientes aspectos:

1. El acceso de la mayor cantidad de agentes económicos en el área de su competencia que ofrezcan servicios eficientes, de calidad y a precios competitivos, en este caso en el mercado de operadores de turismo.

2. Aplicación del principio de celeridad en cuanto a los plazos para resolver los trámites administrativos, en igualdad de condiciones para los administrados y utilizando los mecanismos del proceso de concurso público.

3. Las regulaciones en las actividades que caracterizan el sector no deben constituir barreras de entrada para los agentes económicos nacionales y para extranjeros que ofrecen los servicios, así como para los usuarios que los demandan.

4. Se respete el principio constitucional de libre comercio y el principio de legalidad en el marco de la legislación de competencia, y en consecuencia el debido proceso.

5. La Administración debe promover que cada empresa según su estructura de costos y posibilidades de comercialización para competir en este mercado, pueda fijar los precios de los servicios que ofrece.

Ahora bien, si la actuación de la Administración es contraria a los aspectos citados podría resultar infundada y por ende contraria a los preceptos constitucionales inmersos en la Ley No.7472. Es decir, en ausencia de una razón jurídica para emitir órdenes

alejadas del marco legal señalado, podría ser considerada desviación de poder en los términos del artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública y por ende, como irrespeto en general al ordenamiento jurídico podría generar responsabilidad de la Administración Pública por conducta ilícita y responsabilidad personal de los servidores públicos en los términos previstos en los artículos 191 y 199 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

Partiendo de lo anterior, se debe remitir el presente acuerdo a las autoridades de JAPDEVA, MOPT, ICT, y aquellas instituciones competentes en esta materia, para que procedan a revisar y ajustar a derecho sus actuaciones, cuando corresponda, en aras de una sana competencia en el mercado y de los intereses de los consumidores.”

—

B. Consulta remitida por el Lic. Juan G. Acosta M. de Onix Bufete & Inversiones sobre Ley de Contratación Administrativa. Expediente: C-011-07

La COPROCOM conoció en el artículo cuarto de la sesión ordinaria 15-07 el informe preliminar en relación con la consulta remitida por el Lic. Juan G. Acosta M. de Onix Bufete & Inversiones, en relación con las reformas de la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa. En ese sentido, acordó enviar respuesta al señor Acosta, así como remitirle copia a la señora Rocío Aguilar, Contralora General de la República, al señor Guillermo Zúñiga,

Ministro de Hacienda, y al señor Jack Liberman quien había remitido una copia de una nota en relación con el tema, en el siguiente sentido:

El artículo 46 de la Constitución Política, se pronuncia en contra de la existencia de toda práctica que favorezca o contribuya a conductas monopolísticas y el área de compras en el sector público resulta especialmente sensible para ser afectada por estas conductas. Siendo el Derecho de la Competencia parte del bloque de legalidad a que está sometido, no debe excluirse la aplicación de esta rama del Derecho al Estado. Es así como el artículo 46 constitucional gobierna también la actividad del Estado como comprador de bienes y servicios en el mercado y debe entenderse que se proscribe toda conducta, aún la originada en una ley, que desatienda esa libre competencia.

“El Estado no está exento de comportarse como un agente económico más por lo que requiere que las empresas, que actúan como sus proveedores, se ajusten al ordenamiento jurídico y, por medio de una competencia libre, equitativa y transparente, se logre identificar la oferta más conveniente al interés público, en provecho del usuario final de los servicios del Estado. Aquí es el momento en que el Derecho de la Competencia tiene un espacio para asegurar un comportamiento de los diferentes operadores, Estado incluido, que les obligue a someterse a buenas prácticas y a asegurar que las regulaciones creen un clima de libre acceso, suprimiendo barreras de entrada.

A- Sobre el derecho de competencia en las compras del Estado

A través del sistema de contratación administrativa, regulado en el artículo 182 de la Constitución Política, se busca que las instituciones del Estado realicen sus compras y contrataciones mediante un procedimiento de licitación o concurso, con el fin de promover la más amplia competencia, dentro del marco del interés público, con miras a obtener las mejores condiciones posibles y, a la vez, garantizando la igualdad de oportunidades para todas aquellas personas que deseen contratar con la Administración.

La finalidad de los concursos es que sirvan de mecanismos contra la corrupción, prevengan las arbitrariedades del poder público sobre los participantes, se protejan los intereses legítimos de los oferentes, pero más que nada, se logre la identificación de la oferta más conveniente.

Una de las bases primordiales de todo procedimiento de contratación lo constituye el principio de libre competencia, el cual permite que toda persona física o jurídica que cumpla con las condiciones exigidas por la Administración, pueda presentar oferta.

Otro principio fundamental es el de igualdad, el cual rige para todas las etapas del procedimiento y supone que todos los participantes concurrirán bajo un plano de igualdad de condiciones, de modo que durante el proceso, desde la publicación del cartel, la fase de estudio de ofertas y la adjudicación, ningún participante pueda verse favorecido o perjudicado con actuaciones de la

Administración que no le vayan a resultar aplicables a los demás.

Adicionalmente, el procedimiento de licitación se caracteriza por el principio de publicidad, que busca informarlo y garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre competencia, en condiciones de absoluta igualdad en el procedimiento de contratación. (Ver Sentencia de la Sala Constitucional número 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres)

Los procedimientos que se utilizaban antes de la reforma, además de la contratación directa y la licitación pública, eran los de licitación por registro y restringida. En la licitación por registro se debía invitar a participar a todos los proveedores del bien o servicio acreditados en el registro correspondiente. Si el número de empresas inscritas era mayor a 10 se podía realizar una publicación en el Diario Oficial, o si el número era inferior a 5 se debía invitar a participar por publicación en el Diario Oficial o, facultativamente, en dos diarios de circulación nacional por lo menos.

En la licitación restringida se debía invitar a participar por lo menos a cinco proveedores acreditados en el registro respectivo. Si el número era inferior, se dejaba constancia y se invitaba a los que estaban acreditados. En cualquiera de los casos, al despachar la invitación la Administración debía incorporar una copia en un registro permanente y de fácil acceso para cualquier proveedor interesado en participar en la licitación.

Resulta importante destacar, que una de las motivaciones de la reforma fuera la de “matizar” el principio de libre competencia, ante la incapacidad de la

Administración de evaluar muchas ofertas. Es consideración de esta Comisión que la libre concurrencia, entendida como la oportunidad de cualquier persona física o jurídica de participar en un concurso, no puede ser matizada por un motivo que no es jurídico ni se presenta en todos los concursos. No existe libre concurrencia si sólo algunas empresas o personas pueden participar en una licitación, y no potencialmente, todas aquellas que tienen la capacidad para ofrecer el bien o servicio que se requiere.

El principio de igualdad, según el artículo 5 de la Ley de compras señala “...se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales.” No existe igualdad, cuando un funcionario decide qué empresas se invitan a un concurso y qué empresas no tienen ninguna oportunidad de concursar porque no fueron invitadas, o cuando no es tratada de igual manera la oferta de un proveedor invitado que la de un proveedor no invitado.

B- Sobre la forma en que se está aplicando la nueva normativa

Una empresa que desee ofrecerle sus productos o servicios a la Administración, debe primero inscribirse en el registro de proveedores de cada institución, con excepción de la Administración Central que cuenta con un registro único a cargo la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa a través del Sistema Electrónico de Compras Gubernamentales. La Administración Central incluye a 18 ministerios.

Aunque no ha sido el caso, es claro que, dependiendo de la razonabilidad de los

requisitos para pertenecer al registro de proveedores, éste puede constituirse en una barrera de entrada y una restricción a la libre concurrencia para quienes deseen ofrecer sus productos a la Administración. Sin embargo, es el sistema de rotación en el registro de proveedores donde es posible que se puedan presentar la mayor cantidad de conductas contrarias a una libre competencia.

Al parecer el sistema de rotación que ha implementado la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, que maneja el registro de proveedores de la Administración Central, es el siguiente: cuando un proveedor institucional de alguna de las entidades necesita 3 empresas para una contratación directa, o bien 5 empresas para una licitación abreviada, se le remite la lista de las empresas proveedoras inscritas bajo la subpartida de la cual se va a realizar la compra. El proveedor institucional escoge de la lista el número de empresas que requiere, informando a la Dirección cuáles fueron las seleccionadas para ser invitadas, el sistema entonces envía al final de la lista a las 3 o 5 empresas invitadas y no pueden ser invitadas por otra institución de la Administración Central hasta que el registro para esa subpartida no haya sido agotado.

Si bien es cierto la Administración se garantiza así que todas las empresas registradas para una partida sean invitadas al menos una vez a participar en un concurso, eso no garantiza el fin para el cual se lleva a cabo el procedimiento de compra, que es el de obtener las mejores condiciones posibles.

En primer lugar, porque las empresas que tradicionalmente tengan los mejores

precios y calidad, serán rápidamente seleccionadas por los primeros proveedores institucionales que tengan acceso al registro. Así, aquellos que inicien un poco más tarde las compras, puede corresponderles invitar exclusivamente a revendedores que tal vez no tengan los mejores precios o calidad del mercado.

También se presta para que proveedores institucionales que con la mejor intención, o sin ella, de que una determinada empresa sea la que gane el concurso (por calidad, servicio u otras), puede escoger las empresas de tal manera que dos de ellas no tengan ninguna posibilidad, ya sea porque es una compra muy grande, o porque no venden el producto con las características que solicita el cartel. Lo peor del caso es que esas dos empresas, como ya fueron invitadas a un concurso en el que voluntariamente no hubieran participado, pasan al final de la lista y pueden no tener ninguna otra posibilidad de participar en un concurso de la Administración, que sí les interese.

Por otro lado, la Administración está experimentando mayores atrasos en la contratación de bienes o servicios, ya que el Proveedor Institucional al seleccionar a tres o cinco empresas, según sea el caso, sólo sabe que venden una línea de producto, pero ignora si lo venden con las características que exige el cartel. Así, al no darles la oportunidad de presentarse a quienes sí lo venden pero no han sido invitados, se generan contrataciones infructuosas que llevan a la Administración a realizar nuevamente todo el proceso. Como ejemplos, se puede citar dos cercanos a éste órgano:

- En el procedimiento para la compra equipo de comunicación para esta Comisión, ninguna de las cinco empresas invitadas ofertó aparatos telefónicos, y la única oferta era de una empresa no invitada, por lo que ni siquiera se abrió el sobre y el concurso fue declarado desierto.
- En una compra por más de 20 millones de colones en equipo de cómputo, sólo se pudieron adjudicar, en un principio, 5 millones de colones, ya que a pesar de haberse invitado a 10 empresas, ninguna empresa ofreció los productos que se solicitaban en varias líneas. Cabe destacar que para la compra de microcomputadoras, un producto que es ofrecido en el mercado por una gran cantidad de compañías, tan sólo una de las 10 invitadas hizo una oferta.

Tales cambios en la legislación no son solamente nocivos para la Administración que contrata, se debe indicar que es perjudicial la forma en que se están implementando las reformas:

- Por un lado, la opacidad de las proveedurías de los entes públicos provoca que las empresas proveedoras no tengan ninguna capacidad para decidir en qué concurso participan y en cual no. Un funcionario administrativo decide por ellas. Si un ministerio pequeño invita a una empresa grande a concursar, por ejemplo, por una compra de 100 mil colones en papel, esa compañía quedará excluida de ser invitada por otros ministerios que pudieran comprar

cantidades muy superiores del producto.

- Si bien podrían participar en concursos de otras instituciones ajenas a la Administración Central, como instituciones autónomas, deben estar en el registro de proveedores y ser escogidas por el proveedor institucional dentro de las tres o cinco compañías que va a invitar para un concurso.
- Debe tenerse en cuenta además, que el proveedor institucional es quien escoge a las compañías que participarán en el concurso. Sin tener que justificar su selección, este funcionario decide qué empresa puede participar en un concurso de hasta 275 millones en una institución de estrato A, de hasta 71 millones en una entidad de estrato F, o hasta 35 millones en el estrato H.

IV. CONCLUSIONES

Todo lo anteriormente expuesto permite concluir lo siguiente:

- A-** La forma en cómo se interpreten y apliquen los artículos 2 inciso h), y 45 de la Ley de Contratación Administrativa y de los artículos relacionados con tales restricciones de su reglamento, puede lesionar seriamente la libre competencia que tutela el numeral 46 de nuestra Constitución Política en los procedimientos de compra que lleva a cabo el Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la República, Defensoría de los

Habitantes, instituciones descentralizadas, municipalidades, entes públicos no estatales y empresas públicas.

- B-** La “matización” de la libre competencia que se hace en la licitación abreviada puede abrigar prácticas contrarias al Derecho de la Competencia, si nos atenemos a la “Exposición de Motivos”. Se debe indicar que no se pretende que la única forma de contratación para la Administración sea la licitación pública, sino que, sin importar el procedimiento que se utilice, lo que ha de buscar es promover el mayor nivel de competencia entre los oferentes, que sea una competencia real y bajo condiciones de equidad.”

“LA COMPETENCIA BENEFICIA AL CONSUMIDOR”

Las opiniones en los artículos de opinión son responsabilidad del autor y no necesariamente corresponden a la posición de la Comisión para Promover la Competencia y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Consejo Editorial de Competencia

Licda. Isaura Guillén M.
Licda. Marietta Arias R.

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

**Edificio del IFAM, Urbanización los
Colegios. Moravia.
Apartado Postal 10216-1000.
San José, Costa Rica**

Teléfonos 235-82-22 ó 235-27-00

Tel/fax: (506) 235-75-25

Web: <http://www.coprocom.go.cr>

E-mail: coprocom@meic.go.cr

**En la mayor disposición de servirles
Esperamos recibir sus comentarios,
artículos de opinión y sugerencias**