



AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)

La Transacción como Mecanismo de Terminación
Anticipada de Procesos por Conductas
Anticompetitivas: Balance y Visión Comparativa

OSCAR GARCÍA CARDOZE

Director Nacional de Libre Competencia

III Foro Nacional de Competencia
Ciudad de Panamá, 1 de Febrero de 2013



Marco Legal de las Transacciones

1. Ley 45 de 2007

Artículo 86. Funciones de la Autoridad. La Autoridad tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

...

15. **Cesar, en cualquier etapa de la investigación** que se realice en sede administrativa y aun luego de promovido proceso judicial ante la autoridad competente, **la investigación o desistir del proceso judicial, mediante la realización de transacciones, previo cumplimiento de los requisitos legales,** siempre que los agentes económicos investigados o demandados acepten medidas en torno a las conductas o a los actos investigados, incluyendo cláusulas penales que garanticen el cumplimiento del acuerdo.

Oportunidad:

- Durante el curso de la investigación administrativa (transacción extrajudicial)
- Una vez promovido el proceso judicial con la presentación de la demanda (transacción judicial)



Marco Legal de las Transacciones

Previo cumplimiento de los requisitos legales...

- Numeral 4 del Artículo 200 de la **Constitución Política** (Funciones del Consejo de Gabinete)

Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el **concepto favorable del Procurador General de la Nación**

- Artículo 1083 del **Código Judicial** (Título X: Medios Excepcionales de Terminación del Proceso, Capítulo I: Transacción)

Los representantes judiciales del Estado, de los municipios y de cualquiera otra institución descentralizada, autónoma o semiautónoma, **no podrán transigir sin autorización expresa del Consejo de Gabinete**, del Concejo Municipal o del organismo o corporación que deba darla según la ley

En resumen, se requiere:

1. Concepto favorable del Procurador General de la Nación
2. Aprobación del Consejo de Gabinete



Razones (Ventajas) de Transar

- **Principal:**
Restauración de las condiciones de competencia en el mercado

- **Adicionales:**
 1. Evitar el desgaste de un proceso temporal excesivamente largo
 2. Obtener autorización de las empresas para auditarlas durante un horizonte temporal relativamente extenso
 3. Efecto demostración de la acción de la ACODECO en la erradicación de las prácticas monopolísticas
 4. Compensa, al menos parcialmente, las dificultades prácticas de aplicar el *leniency* en Panamá (desincentivo por la posibilidad de los afectados de reclamar por daños civiles)
 5. Existencia de un mecanismo de *enforcement* (cláusula penal)



Posibles Desventajas para la **ACODECO de Transar**

1. Problema Semántico

¿Qué se entiende coloquialmente en Panamá por “transar”?

2. Menor Afectación Pecuniaria

El aporte en las transacciones nunca deberá ser igual al monto de la máxima multa imponible, ya que de lo contrario las empresas no tendrían incentivos para transar

3. Limita la Posibilidad de Detectar Reincidencias

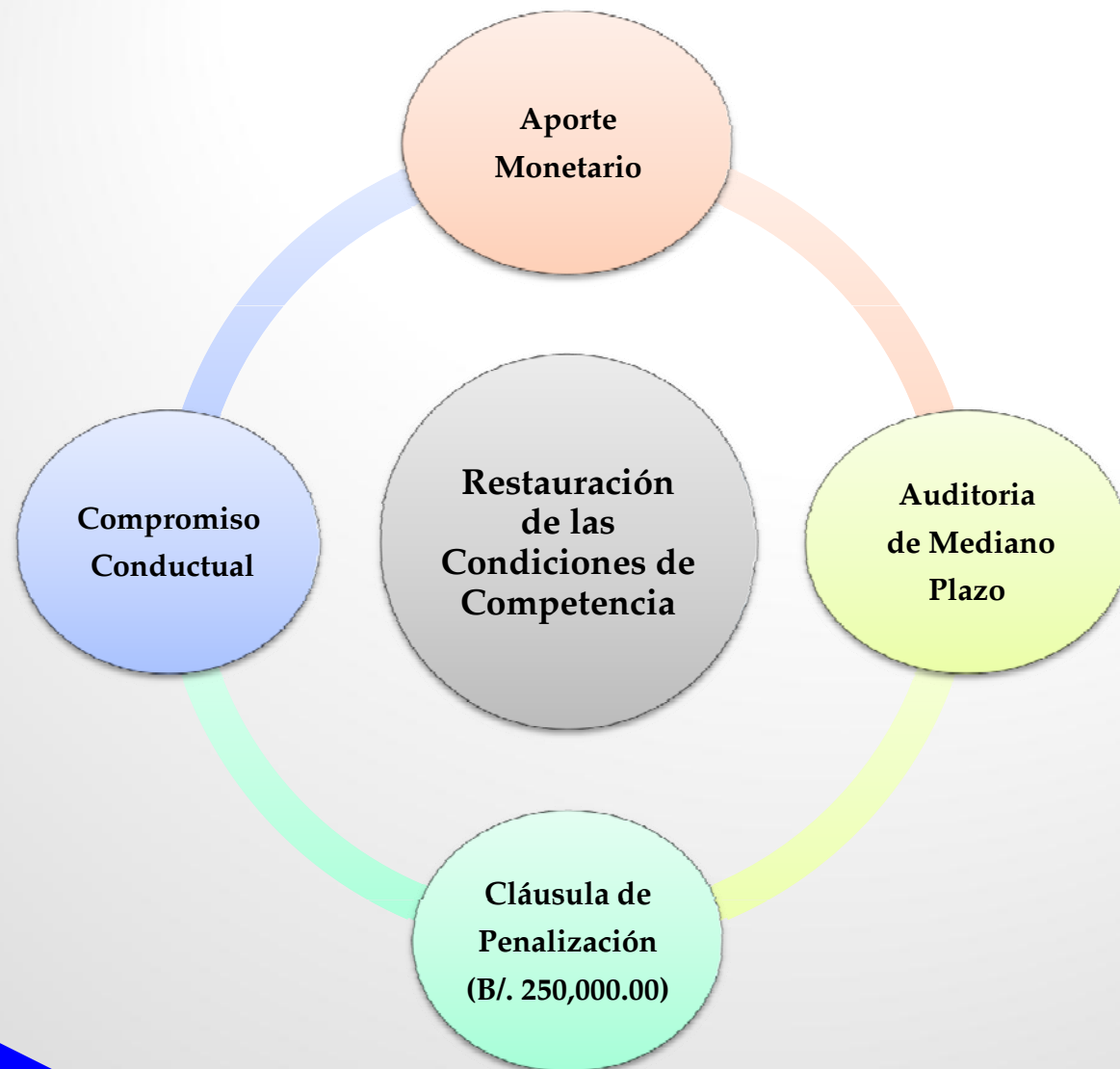
Último párrafo del artículo 104 de la Ley 45 de 2007: “El Ministerio de Comercio e Industrias deberá clausurarle la licencia comercial o industrial a toda persona natural o jurídica que haya sido sancionada dos veces por prácticas monopolísticas.”

4. Incentiva el “Pedir Perdón antes que Pedir Permiso”

No obstante, el monto de multas máximos es quizás el principal déficit en materia de efecto disuasivo. Se atempera con la discrecionalidad de la ACODECO/Consejo de Gabinete



Los 4 Pilares de las Transacciones con ACODECO





Características de las Transacciones con ACODECO

1. Flexibilidad

- Aporte monetario en función de la situación de los agentes económicos (rango de B/. 5,000.00 a B/. 100,000.00)
- Duración de las auditorías de competencia (2 – 4 años)

2. Balance

- Las empresas plantean su propuesta de compromisos conductuales
- No ha habido controversias por las transacciones finalizadas o en ejecución

3. Imparcialidad

- Son aprobadas por los tribunales de justicia, y se acude a ellos para la declaratoria de un eventual incumplimiento del acuerdo

4. Proporcionalidad

- Las propuestas son evaluadas por entes no vinculados con la investigación (tribunales de justicia)

5. Transparencia

- Las transacciones son aprobadas por Resolución del Consejo de Gabinete que publicadas en la Gaceta Oficial



Esquemas Utilizados en Otros Países

1. España – Comisión Nacional de Competencia (Ley 15 de 2007)

Artículo 52. *Terminación convencional.*

“1...podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público (En Panamá, esto se atiende con el concepto favorable de la PGN y del Consejo de Gabinete).

2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento. (En Panamá, se hacen vinculantes cuando la transacción se perfecciona, y por la inclusión de la cláusula de penalización). “

- Los compromisos ofrecidos podrán ser estructurales o conductuales
- No contempla la figura de la transacción de la normativa comunitaria
- No aplica a casos de cártel o de abuso de posición dominante por una empresa que tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales
- Las decisiones tienen un carácter marcadamente discrecional para la CNC



Esquemas Utilizados en Otros Países

2. Colombia – Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 1340/2009)

- Una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas puede terminarse anticipadamente por **otorgamiento de garantías**. Para esto se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para solicitar o aportar pruebas
- Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación, la SIC señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados **(equivale a las auditorías de competencia en Panamá)**
- El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley, previa solicitud de las explicaciones requeridas por la SIC
- La autoridad de competencia expedirá las guías en que se establezcan los criterios con base en los cuales analizará la suficiencia de las obligaciones que adquirirían los investigados, así como la forma en que éstas pueden ser garantizadas



Esquemas Utilizados en Otros Países

3. EE.UU. – *Antitrust Division Dept. of Justice (Corporate Plea Agreements)*
 - Aplica para los casos en que se agotó la oportunidad para la amnistía (*leniency*)
 - Se requiere que las empresas provean cooperación en la investigación
 - En general se le da un tratamiento de confidencialidad a estos acuerdos
 - Principales beneficios para las empresas:
 - Reducción del ámbito del comercio afectado, utilizado en el cálculo para la determinación de la multa aplicable
 - Descuento en la aplicación de la multa por la cooperación brindada por la empresa
 - Asegurarse un punto de inicio bajo para la aplicación del descuento por cooperación (ésta debe ser oportuna y sustancial)
 - Asegurar un tratamiento más favorable para los ejecutivos responsables de estos acuerdos o decisiones (**En EUA los cárteles son vistos como una ofensa criminal, por lo que hay penas de prisión para los responsables**)
 - Incrementa la probabilidad que una empresa calificará para el crédito de una amnistía plus (al proporcionar evidencia de otra actividad de cárteles)
 - Calificación como un candidato para el programa de amnistía afirmativa



Esquemas Utilizados en Otros Países

4. **Unión Europea – Dirección General de Competencia (Reglamento CE 622/2008)**
 - Se limita a casos de cárteles, aunque no aplica necesariamente a todos los cárteles (discrecionalidad de la Comisión)
 - Surge la oportunidad cuando un miembro de un cártel reconoce los hallazgos de la Comisión (requiere una solicitud expresa del presunto infractor)
 - No implica una negociación entre los infractores
 - Sí se impone una sanción por la infracción de la normativa de competencia y la parte que solicita la transacción reconoce expresamente su culpa
 - El principal incentivo es la reducción de la multa (las empresas deben indicar cuál es la multa máxima que anticipan les será impuesta) y que se abrevie el plazo para la adopción de una decisión por la Comisión
 - Aunque es independiente del proceso de *leniency*, se estima que no tiene un impacto negativo sobre éste ya que aquélla es una herramienta de investigación no de terminación de un expediente formalmente iniciado
 - Se diferencia de las decisiones sobre compromisos (*commitments*) en el sentido que no se establece una infracción de la normativa de competencia ni se imponen sanciones



Esquemas Utilizados en Otros Países

5. Sudáfrica – *Competition Commission (Settlements)*

- Implica el pago de una multa administrativa (hasta 10% de los ingresos anuales)
- Debe ser confirmado por el *Competition Tribunal*
- Implica reconocimiento de la conducta ilegal por parte de la empresa
- En varios casos ha incluido la cooperación del agente económico con la agencia de competencia para sancionar a los miembros restantes del cártel, lo que implica dar testimonios ante el *Competition Tribunal*
- Incluye compromisos adicionales como desarrollar un programa corporativo de conformidad (*compliance program*)

Home About us The Competition Act Media Centre Contact Us

competitioncommission
south africa

Home

Judgements

Constitutional Court Cases

Priority sectors

Complaints

Corporate Leniency Policy

Exemptions

Mergers and Acquisitions

Advisory opinions and clarifications

Banking enquiry

Publications

Welcome to the Competition Commission

The Competition Commission is a statutory body constituted in terms of the Competition Act, No 89 of 1998 by the Government of South Africa empowered to investigate, control and evaluate restrictive business practices, abuse of dominant positions and mergers in order to achieve equity and efficiency in the South African economy.

Main Story

Competition Commission settles milling case with Foodcorp

The Competition Commission has reached a settlement with Foodcorp of two separate cartel cases in which it admits to colluding in the pricing of wheat flour and maize meal. Foodcorp has agreed to pay an administrative penalty of R88 500 000.00 which amounts to 10% of the affected turnover of its 2010 milling division. The settlement was confirmed by the Competition Tribunal on 12 December 2012.



Particularidades del Caso Panameño

1. Aplica a Todos los Casos, Inclusive Cárteles
2. Sí Implica una Negociación entre las Empresas y la ACODECO
3. No Implica el Reconocimiento de Culpa por parte de las Empresas
4. No Exige Cooperación de la Empresa para Sancionar a otras Empresas
5. No Cabe el Concepto de Multa, ya que no Hubo un Fallo de los Tribunales de Justicia
6. Implica un Tratamiento de Confidencialidad solo en los Hallazgos de la Auditorías, mas no en el Contenido de la Transacción en sí
7. El Tema de Ofrecimiento de Compromisos y Garantías es Parte Integral del Acuerdo de Transacción, y no un Procedimiento Separado



Reflexiones Finales

1. Instrumento Idóneo
2. Efectividad del Instrumento
3. Aunque Presenta Diferencias, no es Dable Calificarlo como Inconsistente con las Mejores Prácticas Internacionales
4. Conveniencia de Seguir Utilizándolo a Futuro
5. Visión de las Empresas Usuarias?



AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)

Gracias!

OSCAR GARCÍA CARDOZE
Director Nacional de Libre Competencia

 @Pedro_Meilan

 Acodeco Protege

III Foro Nacional de Competencia
Ciudad de Panamá, 1 de Febrero de 2013