

Primer Foro Nacional de Competencia
Autoridad de Protección al Consumidor
y Defensa de la Competencia

EL NACIMIENTO DE NUESTRA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Jorge Federico Lee

2011

Conocer la génesis de nuestra ley de competencia no es solamente un asunto de cultura ...

Reviste una enorme importancia práctica para las autoridades administrativas y tribunales, así como para los agentes económicos y sus apoderados.

Recordemos:

¿Cómo nace la Ley 29 de 1º de febrero de 1996?

¿Cómo se diseña su Título Primero sobre Monopolio?

La propuesta de legislación antimonopolística o de defensa de la competencia fue una escogencia consciente entre el sistema anglosajón (desarrollo jurisprudencial de la Ley Sherman de 1890 y de la Ley Clayton de 1914) y el sistema europeo-continental (artículos 85 y 86 del Tratado de Roma).

Nos decidimos por el sistema norteamericano que enfatiza la *protección de la competencia* como un valor en sí mismo.

Para ello revisamos la evolución de la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos desde 1895 hasta 1994.

Sobre la Ley Sherman su proponente (el Senador Sherman) aclaró en su momento:

“It is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do is to declare general principles, and we can be assured that the courts will apply them as to carry out the meaning of the law...”

Una vez convencidos de que el sistema anglosajón era el más compatible con la cultura económica y jurídica panameña, el siguiente paso consistió necesariamente en escoger de aquél las reglas jurídicas adecuadas a la realidad panameña y proceder a codificarlas.

En este proceso, la principal decisión que se debía adoptar era la *individualización* o *tipificación* o individualización de las prácticas que se considerarían restrictivas de la libre competencia económica y la libre concurrencia, y por ende ilícitas.

Como se sabe, a partir del *leading case* Standard Oil Co. v. United States proferido en 1911, los tribunales norteamericanos hacen el tránsito del sistema “*per se*” al sistema “*rule of reason*” sentando el criterio de que “sólo aquellas restricciones al comercio cuyo carácter o efecto sean “irrazonables” son contrarias a la Ley Sherman”.

En esta etapa, se hizo evidente que dejar la determinación de la ilicitud de una práctica económica a una decisión sobre su “*irrazonabilidad*” en sede administrativa o judicial introducía un elemento subjetivo que afectaba la necesaria seguridad jurídica exigida en el paso decisivo que nuestro país estaba por tomar hacia el libre comercio.

Por ello, se decide adoptar el catálogo de prácticas monopolísticas que diferencia entre “prácticas absolutas” y “prácticas relativas”, tomando como fuente la Ley Federal de Competencia Económica de México de 1992, luego de concluir que era un magnífico esfuerzo de codificación de las prácticas económicas que deseábamos prohibir en Panamá.

El Título Primero de la Ley 29 de 1996 tomó de la legislación comparada los elementos de creación, pero fue una elaboración propia, hecha conscientemente.

La introducción de nuevos elementos se hizo fundamentalmente para contrarrestar la falta de experiencia de nuestro país en materia de libre competencia y libre concurrencia, por lo cual se estimó indispensable fijar guías claras a los tribunales y autoridades administrativas, así como a los agentes económicos como destinatarios de la nueva legislación de defensa de la competencia.

Los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 29 sendas definiciones de “*mercado pertinente*”, “*libre competencia económica*” y “*libre concurrencia*” construidas a partir de la centenaria elaboración jurisprudencial norteamericana, con el propósito de evitar que los tribunales y autoridades administrativas nacionales se vieran tentadas a utilizar su propio entendimiento sobre estas nociones económicas.

Se consignó expresamente, en el artículo 10, la ilicitud per se de las prácticas monopolísticas absolutas:

“Las prácticas monopolísticas absolutas ... tienen en sí mismas carácter ilícito sin consideración de sus posibles efectos económicos negativos. No servirá como defensa, la circunstancia de que una práctica de este tipo no haya ocasionado efectos negativos a un competidor o a posibles competidores, o a los consumidores.”

En el artículo 9 se aclaró *ab initio* que una posición de monopolio alcanzada lícitamente no es antijurídica:

“No infringe esta Ley, el agente económico que se encuentre en una posición de monopolio o alcance una posición de monopolio, por esta sola circunstancia, si tal posición no ha sido obtenida mediante prácticas prohibidas por esta misma Ley.”

Para facilitar el tráfico jurídico, se crea el mecanismo de “*consulta sobre viabilidad*” en el artículo 18:

“El agente económico que desee establecer si un determinado acto, contrato o práctica que desee realizar, constituye o no una práctica monopolística absoluta o relativa prohibida por esta Ley, podrá formular consulta escrita sobre la licitud de dicho acto, a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor ...”

La principal decisión que se tomó fue la de asignar la labor de protección de la libre competencia y libre competencia a dos entidades separadas, a saber, un organismo administrativo especializado de promoción y de investigación, y tribunales de justicia especializados para declarar la infracción de la ley.

Naturalmente, era previsible que la experiencia que se fuese ganando en el camino, hiciese necesario introducir los necesarios ajustes, siempre dentro del marco fundamental diseñado, como en efecto se ha hecho.

El resultado de esta labor de “afinamiento” es la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 y Reglamentación, los cuales reflejan adecuadamente la realidad panameña en materia de competencia.

Conocer la génesis de nuestro sistema de defensa de la competencia equivale a entenderlo y tener de aplicarlo adecuadamente, sin imponer a los agentes los traumas que siempre resultan de la descoordinación en la actividad regulatoria del Estado.

Para muestra un botón:

La Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos, señalaba en su artículo 19, entre las atribuciones de dicha entidad, la de “Promover la competencia y la eficiencia en las actividades de los servicios públicos e investigar posibles conductas monopolísticas, anticompetitivas o discriminatorias, las empresas y entidades que operen en dichos servicios públicos, cuando considere que pueden ir en contra del interés público.”

En el mismo paquete legislativo se aprueba la Ley 31 de 1996 sobre regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá.

Poco después, se expide el Decreto Ejecutivo 73 de 9 de abril de 1997, reglamentando la Ley 31.

Esta reglamentación se desbordó, estableciendo reglas sobre defensa de la competencia que no resultaban de la Ley 31, y peor aún, discordantes con el sistema adoptado en la Ley 29.

Artículo 7 del Decreto 73

El Ente Regulador podrá dictar normas y reglas generales y especiales para proteger y promover la competencia en el sector de telecomunicaciones, para evitar o poner fin a actos contrarios a la competencia ... así como establecer reglas especiales para concesionarios que tengan o ejerzan posición dominante.

Artículo 8 del Decreto 73:

Para asegurar el régimen de competencia, los concesionarios deberán:

8.1. Abstenerse de realizar directa o indirectamente actos que constituyan abuso de posición dominantes o prácticas contrarias a la leal competencia.

Artículo 248 del Decreto 73:

El concesionario se compromete a no realizar directa o indirectamente, acto alguno que signifique el aprovechamiento de su posición dominante en el mercado y en la prestación de los servicios concedidos, con el objeto de obtener alguna ventaja que impida, limite, restrinja, distorsione, o en general afecte la leal competencia entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

El Ente Regulador se fue abrogando, por cuenta propia, facultades de todo tipo en materia de defensa de la competencia, tomando como pivote la noción de “abuso de posición dominante”, llegando a declarar la existencia de la infracción e imponer multas, desconociendo la atribución privativa que el rol que corresponde privativamente al órgano jurisdiccional.

Este desbordamiento del Ente Regulador de los Servicios Públicos hizo necesario que la Corte Suprema pusiera orden en el sistema, y llevó finalmente a unificar nuestro sistema de protección de la libre competencia y libre concurrencia.

En este sentido, resalta la sentencia de 13 de marzo de 2009 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que declaró nula por ilegal la Resolución JD-5619 de 31 de octubre de 2009 expedida por el Ente Regulador.

“La decisión administrativa impugnada al sancionar con una multa pecuniaria a CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S. A., “por abuso de su condición de único propietario de la red fija en el ámbito nacional” .. . evidentemente hace relación al “abuso de posición dominante”, que ... no puede existir ante un desacuerdo sujeto a intervención y resolución del Regulador, y por otro lado, la calificación de tal es de competencia privativa de los Tribunales de Comercio, por expresa disposición de la Ley 29 de 1996.”

- Felizmente, el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006 y su Reglamentación pusieron término al juego de defensa a ultranza de territorios que había caracterizado la acción del Ente Regulador en materia de defensa de la competencia.

En conclusión:

Al entender cómo y por qué nació nuestro sistema de defensa de la libre competencia y de la libre concurrencia, podremos aplicar y cumplir las reglas jurídicas con la seguridad de que éstas cumplen adecuadamente su cometido y podremos también ir las perfeccionando conforme a nuestra realidad económica y cultural.

¡Gracias por su atención!