

46 3447
1

TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ. Panamá, dos (2) de abril de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS:

Ha ingresado a este despacho jurisdiccional, en grado de apelación, el presente expediente contentivo del proceso POR PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS propuesto por AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) en contra de REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L.

Mediante la sentencia No.107-15 de quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), dictada por el Juzgado Noveno de Circuito de lo Civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá, se resolvió la primera instancia, pero dicha resolución fue impugnada mediante recurso de apelación anunciado con presentación de pruebas en la Segunda Instancia por los apoderados judiciales de la parte demandada (fs.3362), luego de ser notificados de la decisión de primera instancia.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1137 del Código Judicial la parte apelante REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L. a través de sus apoderados judiciales, la firma forense ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA sustentó su recurso en este Tribunal de Alzada en tiempo oportuno, tal y como se observa a fojas.3405-3421 del expediente. La Licenciada YOANCY CHÁVEZ DE CASTILLO en representación de la AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) presentó oposición a la apelación mediante escrito que reposa de fojas 3422 a 3436 del infolio.

El medio de impugnación fue concedido por la jueza A-Quo en el efecto SUSPENSIVO, tal y como se aprecia en la providencia de fecha veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciséis (2016), que

3148

46 2

reposa a foja 3365 del expediente, todo lo cual motivó que el presente expediente ingresara a esta Superioridad.

SANEAMIENTO

En virtud a lo preceptuado en el artículo 1151 del Código Judicial, es deber del Tribunal de Segunda Instancia, decretar el saneamiento de aquellas actuaciones realizadas por el juzgador de primera instancia que puedan implicar contravenciones a la normativa procesal y que tengan el efecto de causar nulidades procesales.

En lo que respecta al presente proceso, no se advierten actividades procesales de la juzgadora de la actuación primaria o de las partes que den lugar a la activación de esta figura.

Observa esta Magistratura que se ha garantizado la oportuna defensa de las partes, no se han desconocido normas imperativas de competencia y se cumplió con el traslado de la demanda, todo con apego a los parámetros establecidos por el principio procesal del contradictorio.

Por lo que una vez surtida la fase del saneamiento, corresponde a este Despacho, la función de emitir la decisión final, a lo que procederemos.

DECISIÓN DE LA JUZGADORA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia No.107 de quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015) (fs.3315-3359), proferida por la Jueza Novena de Circuito de lo Civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá resolvió:

"Por las anteriores consideraciones, la suscrita JUEZA NOVENA DE CIRCUITO DE LO CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

dentro del Proceso por Prácticas Monopolísticas Relativas incoado por la AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA -ACODECO- contra REFINERÍA PANAMÁ, S. de R.L.

DECRETA la violación del artículo 16 numeral 9 de la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007 en atención al acto unilateral que ejercer la demandada REFINERÍA PANAMÁ, S. de R.L. puesto que posee poder sustancial en el mercado pertinente de servicio de servicio de despacho de combustibles fósiles líquidos (gasolina de 91 y 95 octanos y diésel liviano y mejorado) a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá y lo utiliza para establecer irrazonablemente ventajas exclusivas que afectan al menos a un agente económico.

En consecuencia, SE DECLARA el carácter restrictivo y por tanto ilícito de la práctica demandada, por lo que SE ORDENA a la sociedad demandada REFINERÍA PANAMÁ, S. de R.L., el cese del sistema de cupos o sistema de turnos (procedimiento N° 17) para el despacho de combustible (gasolina de 95 octanos, gasolina de 91 octanos y diésel), sólo en el rack combinado, basado en la participación de mercado de cada una de las distribuidoras mayoristas que comercializan el producto a nivel nacional.

SE EXONERA a la demandada REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L., del pago de gastos y costas.

Ejecutoriada la presente resolución SE ORDENA el archivo del expediente, previo su registro en el libro de salidas correspondiente."

Señala la sentencia de primera instancia, que la legitimación de la parte actora está comprobada conforme al artículo 84 de la Ley No.45 de 2007, que faculta a la ACODECO, para ejercer la pretensión de los asuntos previstos en el artículo 124 de dicha Ley concretamente en el numeral 1 que se refiere a las Prácticas Monopolísticas, en el presente caso la supuesta comisión de prácticas monopolísticas relativas interpuesta por la sociedad REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L., conforme al numeral 9 del artículo 16 de la misma Ley.

Se refiere la sentencia, al artículo 295 de la Constitución Nacional y a los artículos 7, 15, 17, 18 y 19 de la Ley No.45 de 2007 como normas que prohíben las prácticas monopolísticas siendo normas que resultan aplicables a la controversia, indicando que tratándose de una práctica monopolística relativa que corresponde al período 2007 al 2009 deben analizarse los elementos probatorios para determinar si se configuran los requisitos legales.

Indica la sentencia, que se aportaron informes en economía y contabilidad, así como inspecciones judiciales y diligencias exhibitorias que a juicio de la jueza A-Quo comprueban el mercado pertinente al que se refiere la Ley No.45 de 2007 y que en el lapso estudiado solo podía ser operado por la demandada conforme al documento numerado 063 contentivo del contrato de Operación y Administración de una Zona Libre de Petróleo suscrito entre el Estado Panameño y la demandada en lo que se refiere al servicio de despacho de combustible líquido (gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado), a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá y que se comprobó que la demandada implementó un sistema de cupos o sistemas turnos (procedimiento No.17) para el despacho de combustible sólo en el rack combinado, basado en la participación de mercado de cada una de las distribuidoras mayoristas que comercializan el producto a nivel nacional y que respecto a la implementación de ese sistema se presentaron los testimonios de David Muñoz Salvatierra, Jefe de Hidrocarburos en la Secretaría Nacional de Energía del Ministerio de la Presidencia, Carlos Coloma, Gerente de Operaciones y Logísticas de Petrolera Nacional, Ricardo Alberto Ecker Morales, Vicepresidente de Operaciones de Petróleos Delta, S.A., Ramón Bethancourt Fontanet, Gerente de Terminal **REFINERÍA PANAMÁ S. R.L.**, Woolfram Eugenio González, ex Director de Hidrocarburos de Secretaría General de Energía, Augusto Herbauth De La Guardia, Gerente General de Petróleos Delta y Jorge Usuga Loaiza, Gerente General de Petrolera Nacional, los cuales en sus declaraciones explicaron en que consistía el sistema de turnos.

Se señala, que el señor Ramón Bethancourt Fontanet indicó que el sistema se aplicó únicamente para el despacho de combustible al mercado de estaciones de servicios que son gasolina y diesel y que se hizo para garantizar una oportunidad en un tiempo razonable de carga a todos los clientes

independientemente del momento que llegan a Refinería Panamá, y evitaba el acaparamiento de los clientes que tengan flotas grandes durante los periodos de mayor demanda y durante los periodos donde la demanda excede la capacidad instalada, lo que ocurre mayormente en los días previos o subsiguientes a los cambios de precio considerando que el sistema establecido desde el 2007 en coordinación con los clientes, cumple con su función. Asimismo Wolfran González considera al sistema como discriminatorio en la entrega de productos a los diferentes competidores en cuanto a la asignación de cupos de acuerdo a participación de mercado y que era una asignación unilateral por la cual existía inconformidad por parte de los camioneros y competidores porque no se cargaba en orden de llegada.

Señala la sentencia, la declaración de Augusto Herbaut De La Guardia indica, que la repartición de cupos que se hacía era proporcional al volumen que cada cliente compraba a Refinería Panamá, mientras que Jorge Usuga Loaiza, señaló que la asignación de cupos ya estaba hecha con base a la compra que de los clientes hacían a Refinería Panamá que es la principal abastecedora del país en materia de combustible y que esa participación llega alrededor del 80%, y en esa Refinería se abastecen 3 de los 4 distribuidores que abastecen el mercado nacional, indicando que sus conductores manifestaban que a pesar de estar en la cola de despacho y en primer lugar, tenían que esperar largas horas porque tenían que despachar primero otros camiones a los cuales ya se les había asignado cupo y que ni siquiera habían llegado a la terminal y que en ocasiones se alcanzaban a retirar todos los camiones que programaban y en otras tenían que esperar hasta el día siguiente y en consecuencia algunas de las estaciones llegaron a quedarse secas por falta de los cupos por lo que el sistema tiene desventajas para quien tenga baja participación de mercado o el menor número de cupos asignados.

También señala la sentencia que está acreditado en el expediente que el sistema de cupos o turnos no está en práctica desde finales del año dos mil once (2011) y que en la actualidad no se está utilizando como se observa en las declaraciones recibidas, como lo señaló el perito de la demandada Gil NG Arcia y el perito del tribunal José Ernesto Mendoza.

En lo que respecta al mercado pertinente la sentencia indica que quedó demostrado que la demandada tiene poder sustancial en la Zona Libre de combustible en la que implementó un sistema de cupos por turno y conforme al artículo 18 de la Ley No.45 de 2007, las prácticas monopolísticas relativas sólo se consideran ilícitas si se comprueba el poder sustancial sobre el mercado pertinente, adicionando que el artículo 8 de la misma Ley establece los parámetros para configurar el mercado pertinente, señalando que el estudio de las experticias aportados al expediente revelan que la demandada en dicha Zona Libre de Combustible implementó un sistema de cupos o sistema de turnos (procedimiento No.17) para el despacho de combustible (gasolina de 95 octanos, gasolina de 91 octanos y diesel), sólo en el rack combinado, basado en la participación de mercado de cada una de las distribuidoras mayoristas que comercializan el producto a nivel nacional.

Adiciona la sentencia de primera instancia que, de lo anterior, se desprende que el mercado pertinente, para los efectos del presente proceso, es el relativo al despacho de combustible (gasolina de 95 octanos, gasolina de 91 octanos y diésel), sólo en el rack combinado, basado en la participación de mercado de cada una de las distribuidoras mayoristas que comercializan el producto a nivel nacional.

Agrega la sentencia de primera instancia que, el detallado

estudio de los informes periciales económicos que reposan en autos, indican a ese tribunal, que la sociedad demandada **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** ciertamente posee un poder sustancial debido a su importante cuota del mercado pertinente, de acuerdo al perito de la demandada y de la parte actora, los cuales señalan que para el periodo de 2007 a 2008 en Panamá existían tres (3) terminales de combustibles las cuales eran Petroamérica Terminal, S.A. (PATSA, antigua PIMSA), Refinería Panamá, S. DE R.L., y Petroterminal de Panamá, S.A., entre ellas se observó que para el periodo del año 2008 la venta total de combustible en un setenta y tres por ciento (73%) fue despachado por **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, y el veintisiete por ciento (27%) por Petroamérica Terminal, S.A. (PATSA, antigua PIMSA) de acuerdo al perito de la actora, no obstante, sabido es que ostentar poder sustancial en el mercado pertinente de por si, no resulta ilegal, sino en la medida en la que dicho poder sustancial, sea utilizado en forma abusiva.

También señala la sentencia de primera instancia que, atendiendo a la influencia de la sociedad demandada **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, como la principal abastecedora de combustible dentro del periodo de investigación, la decisión tomada en cuanto al despacho de combustible (gasolina de 95 octanos, gasolina de 91 octanos y diesel), sólo en el rack combinado, basado en la participación de mercado de cada una de las distribuidoras mayoristas que comercializan el producto a nivel nacional, fue el factor determinante para el establecimiento del nuevo procedimiento de despacho de combustible, ya que con este sistema se beneficia a las empresas con alta participación en el mercado en detrimento de las empresas con baja participación de mercado, toda vez que el poder sustancial ostentado por las empresas dominantes no está condicionado al nuevo mecanismo adoptado por la demandada por ende la afectación surgida será en perjuicio de

las empresas con baja participación, por lo cual no promueve la competencia entre agentes económicos participantes y mucho menos la entrada de nuevos agentes económicos competidores atendiendo al nuevo procedimiento o sistema de despacho.

Finalmente señala la sentencia de primera instancia que, los elementos de convicción allegados al proceso, específicamente los informes resultantes de las pruebas periciales contables, económicas, inspecciones judiciales, diligencia exhibitoria, etc., realizadas a las oficinas de la **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, y sus archivos, evidencian las prácticas imputadas a **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, siendo así que en el proceso subjúdice se acreditó lo que denomina el primer supuesto necesario para ir en pos de una condena por prácticas monopolísticas relativas, haciendo alusión con ello, al poder sustancial que conforme a lo probado ostenta la sociedad demandada **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, en el mercado pertinente, por ello sustenta la decisión tomada en cuanto al despacho de combustible (gasolina de 95 octanos, gasolina de 91 octanos y diesel), sólo en el rack combinado, basado en la participación de mercado de cada una de las distribuidoras mayoristas que comercializan el producto a nivel nacional, considerando que la misma afecta de forma directa la libre competencia económica, durante el período investigado, aspecto éste que según la sentencia se vio comprobado, dentro de la constancias del proceso.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La firma forense **ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA** apoderados judiciales de **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, sustenta su apelación en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la misma fue fundamentada en que se comprobó el poder sustancial de

su representada como si la única y sola configuración de dicho presupuesto fuese razón suficiente para determinar que un acto es una práctica monopolística relativa, indicando que la demandada se ha visto en la necesidad de impugnar dicha sentencia, ya que su actuar está circunscrito a un comportamiento normal de negocios referido al establecimiento de un sistema razonable para prestar sus servicios de despacho de combustible fósil a sus clientes, solventando a la vez un problema de capacidad de despacho que para la época afrontaba, lo que a su juicio no es una práctica anticompetitiva, ya que no resulta suficiente la realización de la conducta y el poder del mercado del agente que la realice.

También señala la recurrente, que a diferencia de las prácticas absolutas en las prácticas monopolísticas relativas debe considerarse la eficiencia económica y resulta insuficiente la sola determinación de la existencia de ciertos actos u omisiones y es menester que se compruebe el impacto negativo en la competencia, lo que a su juicio no ha sido comprobado en el proceso y en la carga de la prueba que debió asumir la demandante. Asimismo, se señala en el recurso, que lo indicado por ACODECO referente al numeral 9, del artículo 15 de la Ley No.45 de 2007, más allá de ser un hecho real y probado es una consideración y no es la realización de una práctica relativa ilícita y que se produjo en el año dos mil ocho (2008) como una operación o comportamiento normal de negocios de parte de **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, adoptado con el objeto y efecto de obtener la mayor eficiencia en la capacidad de despacho instalada en la terminal.

La recurrente también señala, los requerimientos que exige la Ley No.45 de 2007, más allá de la conducta que se le imputa por la parte actora y la necesidad de que se comprueben otros

supuestos para las prácticas monopolísticas relativas establecidas en el artículo 15, 17, 18 y 19 de la misma Ley, así como, lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No.8A de 22 de enero de 2009, que reglamenta el Título I de la Ley No.45, todo lo cual busca erradicar los actos unilaterales, convenios, arreglos o contratos que irrazonablemente dañen o impidan la libre competencia y la libre concurrencia, a través de la regla de la razón que exige la existencia de un daño real y no sólo el resarcimiento de la afectación patrimonial que a su juicio no ha sido comprobado, ya que la demandada no vulneró la libre competencia y la libre concurrencia con el abastecimiento de combustible de gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano mejorado, que de haber ocurrido cualquier agente económico afectado hubiese presentado un reporte o denuncia ante la autoridad correspondiente, lo que no ocurrió en el período comprendido entre el año dos mil siete (2007) y dos mil nueve (2009), como se acreditó en la prueba de informe practicada en la Segunda Instancia a la Secretaría de Energía.

A juicio de la recurrente, ACODECO debió comprobar los efectos anticompetitivos y el daño actual a la competencia y no solamente si las prácticas fueron injustas y comprobar que la implementación del procedimiento operacional No.17 implicaba un sistema irracional para el despacho de combustibles a los camiones cisternas en la Terminal Bahía las Minas en la Provincia de Colón, lo que no es suficiente para comprobar que se produjo un daño a la competencia y a los consumidores o que se realizó para desplazar irracionalmente a un competidor o establecer irracionalmente ventajas exclusivas a favor de un agente económico, lo que a su juicio resultaba importante para el proceso.

Señala la recurrente, que mediante el procedimiento

operacional No.17 se vendía y aún se sigue vendiendo gasolina de 91 y 95 octanos y diesel a las empresas importadoras - distribuidoras COMPAÑÍA CHEVRON, S.A., PETRÓLEOS DELTA, S.A., PETROLERA NACIONAL, S.A., ESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED, THE SHELL COMPANY LIMITED, bajo un precio controlado por el Estado y entregándoles a éstas el producto inicialmente bajo el sistema de orden de llegada a la terminal de BAHÍA LAS MINAS, y posteriormente se cambió dado que no era eficiente ni equitativo, por el procedimiento operacional No.17, y que quizás pudo causar molestias a las empresas y a los transportistas de derivados de petróleo del mercado doméstico, pero era la forma de crear mayor eficiencia en la utilización de la capacidad instalada en la terminal para el momento y poder suministrar y despachar combustible a los carros cisternas de las distintas empresas de acuerdo con su historial de compra en la terminal, para evitar acaparamiento de productos y evitar que las empresas grandes le sacaran ventaja y provecho a las empresas pequeñas sobre todo en las fechas en que el combustible cambiaba de precios, ya sea para arriba los días antes del cambio, o para abajo al día siguiente y no buscaba desplazar irrazonablemente a un agente económico ni su acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas a favor de uno o varios.

Señala la recurrente que no se demostró en el proceso que PETROLERA NACIONAL, S.A. haya sido afectada irrazonablemente mediante la implementación del procedimiento operacional No.17, por lo que se trató de una mera alegación y no un hecho comprobado y aún cuando se hubiese acreditado, lo cual niega, la investigación y sanción de las prácticas relativas no se circunscribe a la afectación o resarcimiento de la afectación patrimonial de un agente económico frente a otro, sino la protección del proceso de libre competencia y libre concurrencia que a su juicio evitó el acaparamiento por parte de las otras petroleras.

Agrega la parte recurrente, que la sentencia de primera instancia, fue equivocada, ya que sólo se basó en la adopción del sistema operacional No.17 a través de testigos y pruebas documentales y no contempló que fue un comportamiento normal de negocio como un sistema razonable para prestar los servicios de despacho de combustibles y para solventar un problema de capacidad de la época y no una infracción de las normas de la Ley No.45, aún cuando pudo causar molestias a transportistas y a las empresas importadoras - distribuidoras por retrasos o demoras, por el contrario fue un procedimiento que no causó daño a la libre competencia, a la libre concurrencia y estaba dirigido a regular y organizar de forma racional, equitativa, segura y eficiente el acceso de camiones cisternas para abastecerse de productos en la terminal.

Concluye la recurrente en que deben reconocerse conforme a los artículos 688 y 690 del Código Judicial la excepción de inexistencia de daño a la libre competencia y a la libre concurrencia al no haberse producido la afectación a los consumidores, ni al mercado, y la excepción de inexistencia de prácticas monopolísticas ilícitas por haberse configurado un comportamiento normal de negocios y la excepción de eficiencia económica, ya que con las pruebas periciales practicadas el perito Gaspar Vásquez de ACODECO señaló que se produjo eficiencia económica al igual que el perito Napoleón Patiño que señaló que el sistema adoptado promueve la optimización de la flota de camiones cisternas reduciendo costos operativos y la reducción de las horas de espera, mientras que la perito Rocío Adames, señaló que el procedimiento atendió la demanda creciente de despacho de productos durante años en los días de cambio del precio de paridad y el perito Luis Chen González estableció que aumentó la demanda de combustible de los años dos mil siete (2007), dos mil ocho (2008) y dos mil nueve (2009) y que fue atendida por

REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L. mediante el sistema operacional No.17, y que se acreditó la eficiencia económica para operar sin interrupciones y de manera equitativa con sus clientes sin que se afectase al consumidor desde el año dos mil seis (2006) al año dos mil once (2011).

OPOSICIÓN A LA APELACIÓN

La Licenciada JOANCY CHAVEZ DE CASTILLO, en representación de la ACODECO, presenta su oposición al recurso de apelación señalando que se acreditó cada uno de los hechos expuestos en la demanda por prácticas monopolísticas relativas y que la violación del artículo 16, numeral 9 de la Ley No.45 de 2007, se produjo cuando la demandada **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, con poder sustancial en el mercado pertinente de servicios de despacho de combustibles (gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado) a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá, estableció irrazonablemente ventajas exclusivas que afectaron al menos a un agente económico en el mercado, desde sus operaciones en su instalación ubicada en BAHÍA LAS MINAS provincia de Colón, ya que, es la principal proveedora de combustible en el ámbito nacional y se encuentra verticalmente integrada con la empresa Compañía Chevron Panamá, S.A., e implementó de forma unilateral un sistema de cupos a través de un procedimiento llamado "procedimiento operacional No.17".

Señala la opositora que contrario a la recurrente, no se cuestiona el poder de mercado que tenga una empresa, que lo tiene la demandada, ni este es el único hecho en que la jueza de primera instancia basó su decisión, sino que la misma está basada en hechos probados por ACODECO durante el proceso mediante el sistema operacional implantado de forma unilateral como un sistema de cupos para el despacho de combustible basado en la

supuesta participación de mercado de cada una de las empresas importadoras o distribuidoras de combustibles lesionando la libre competencia porque impedía el libre acceso al insumo principal para competir entre las empresas distribuidoras de combustibles, poniendo al menos a una empresa en desventaja con respecto a otras empresas con mayor participación de mercado mediante un sistema de cupos, lo que es contrario a la libre competencia.

Señala la opositora, que el testimonio del señor Carlos Hernán Coloma, refiere la disconformidad y afectación que produjo el sistema de cupos, declara que no fue consensuado sino que fue impuesto y que impedía el crecimiento de las compañías más pequeñas; que el testimonio del señor Wolfran Eugenio González, refiere que existía inconformidad por parte de los camioneros y competidores, porque no se cargaba en orden de llegada, sino en una asignación unilateral y desde el punto de vista subjetivo de la compañía que administra la terminal que es Chevron, y que además implicaría con base a participación de mercado, que el de mayor participación, tiene la mayor cantidad de cupos que le han sido asignados por la terminal, beneficiándolo porque es un cliente importante y limita la capacidad de crecimiento de un competidor pequeño puesto que no tiene la rapidez en cargar y poder competir en condiciones de igualdad, y también cita la parte opositora al perito Gaspar Vásquez, quien declaró que el sistema de cupos no está dirigido a proveer una oportunidad de carga equitativa a todos sus clientes y que este sistema afecta la competencia, y al perito del tribunal primario que declaró que el objetivo del sistema no es desplazar irrazonablemente a otro agente económico, pero la falta de planificación y coordinación de los turnos entre la terminal y las petroleras puede ocasionar impedimentos irrazonables de acceso al servicio, estableciendo irrazonablemente ventajas a favor de otros agentes económicos impidiendo el proceso de libre competencia y libre concurrencia.

3461

59 15

La parte opositora señala, que el sistema de cupos implantado por **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** creó disconformidad no sólo en el despacho sino ventajas exclusivas a favor de ciertas marcas (empresas petroleras), en perjuicio de otras afectando el suministro y comercialización de combustible máxime que **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** formaba parte del mismo grupo económico de Compañía Chevron de Panamá, S.A., y mantenía estaciones de combustible de la marca Texaco, por lo que el sistema de cupos en el rack combinado utilizado afectaba el suministro y comercialización de combustible en condiciones competitivas y que independiente de la interpretación de la recurrente, **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** pudo probar cada uno de los hechos de la demanda, no sólo la posición del mercado con la que contaba la demandada sino la utilización de ese poder para implementar un sistema que antes no existía en el despacho de combustible que causó afectaciones a los participantes de ese sector, llámese transportista, distribuidoras o petroleras que crearon serias dudas sobre la alegada eficiencia de dicho sistema.

La parte opositora hace cita del informe final de la investigación preliminar llevada a acabo por la **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** sobre la práctica monopolística relativa en el suministro de combustible en la terminal de carga de la **REFINERÍA PANAMÁ, S.A.** (fs.241-263), concretamente el acapite denominado "ANALISIS DE LA CONDUCTA", indicando luego que se opone a lo alegado por la recurrente referente a que no se presentaron quejas ni en **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** ni en la Secretaría de Energía, ya que el hecho de no haber recibido quejas no es prueba suficiente para decir que no hubo afectación, sobre todo cuando la propia **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** recibió quejas constantes de sus clientes con respecto a

la implementación del sistema de cupos y las pruebas están en las múltiples declaraciones sobre quejas que existieron por el sistema por turno de petroleras y transportistas que fueron objeto de hechos noticiosos en los principales diarios de circulación nacional, ya que hubo paros en la terminal de carga que consistían en la demora de las operaciones de carga y despacho de los camiones cisternas tal como se publicó en la noticia en el diario la Prensa el día dos (2) de febrero de dos mil ocho (2008); indica que el propio recurrente acepta que el sistema pudo causar molestias a las empresas importadoras distribuidoras y a los transportistas de derivados del petróleo.

Finalmente con respecto a las excepciones planteadas por la demandada la parte opositora señala que es irrefutable la existencia del daño al proceso de libre competencia y libre concurrencia y que las pruebas aportadas concluyen en que el sistema de cupos implementado de forma unilateral por **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** causó afectaciones a los transportistas de camiones cisternas y a empresas mayoristas comercializadoras de combustibles y que se realizó por un agente económico con poder sustancial de mercado (gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado), con el objeto de establecer ventajas en favor de Chevron - Texaco y de los clientes que tenían alta participación en los mercados en detrimento de aquellos con poca participación, lo que es suficiente para producir un daño a la competencia y a los agentes económicos no privilegiados por el sistema de repartición de cupos, (ejemplo Petrolera Nacional - Accel). También se opone a la excepción de inexistencia de prácticas monopolísticas relativas ya que a su juicio la conducta encuadra en el numeral 9 del artículo 16 de la Ley No.45 de 2007 y se cumplieron los supuestos de hecho a saber, la determinación del mercado pertinente y el poder sustancial en el mercado por parte de **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** a través de las pruebas

practicadas y los datos obtenidos por la Dirección Nacional de Hidrocarburos y Energía Alternativa entre los meses de enero y diciembre de dos mil ocho (2008), siendo que las ventajas en la terminal de carga que manejaba la demandada era del 73% respecto del mercado local y utilizó de manera abusiva su poder sustancial de mercado en beneficio de Chevron - Texaco.

Por último, la opositora solicita que se niegue la excepción de eficiencia económica, ya que no se acreditó el aumento de la demanda de combustible en los años de la investigación a raíz del procedimiento del sistema de cupos y la misma pudo deberse a muchos otros factores, igual niega que el perito Gaspar Vásquez, haya señalado que la asignación de cupos produjo eficiencia económica haciendo cita de sus respuestas a las preguntas 1 y 5 del cuestionario presentado por la demandada; finaliza indicando que los hechos del libelo de demanda fueron probados durante el proceso y debidamente reconocidos en la parte motiva de la decisión de primera instancia, razón que motivó que se accediera a las pretensiones de la parte actora.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA

Corresponde a este Tribunal de Alzada, luego de la lectura de los argumentos vertidos por las partes en favor y en contra de la sentencia de primera instancia, y del examen del material probatorio aportado al proceso, determinar la juridicidad o no de la sentencia impugnada, y en ese sentido, básicamente el tema medular que debe ser resuelto por esta Segunda Instancia es la determinación de si se concretó o no la comisión de la práctica monopolística relativa demandada por la parte actora conforme los parámetros que establece la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007.

Debe este Tribunal señalar que mediante resolución de

veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017) (fs.3373-3381), este Tribunal resolvió admitir las pruebas de informes aducidas en Segunda Instancia por la parte demandada, dirigidas a la Secretaría Nacional de Energía y a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), las cuales fueron remitidas a esta Superioridad mediante nota No.382-17 de siete (7) de junio de dos mil diecisiete (2017) (fs.3388-3400) y nota de veintinueve (29) de mayo de dos mil diecisiete (2017) (fs.3386), lo que coloca el proceso en estado de ser emitida la decisión de Segunda Instancia previo recibo de los escritos de sustentación del recurso de apelación de la parte demandada y el escrito de oposición de la parte demandante, conforme lo establece el artículo 1137, numeral 5 del Código Judicial aplicado supletoriamente al proceso por mandato del artículo 191 de la Ley No.45 de 2007.

Para efectos de decidir la presente controversia a través de la cual se endilga a la demandada la comisión de una conducta tipificada como una práctica monopolística relativa ilícita establecida en el artículo 16 de la Ley No.45 de 2007 debe verificarse previamente, no sólo si se cumplen los presupuestos necesarios para determinar si los actos o acciones atribuidos a la demandada, son una práctica anticompetitiva, sino también debe establecerse si se cumplen los presupuestos de legitimación activa y pasiva de carácter procesal y en la causa, para efectos de emitir la decisión de fondo y la decisión sea conforme a las pruebas aportadas al expediente, para lo cual considera este Tribunal Superior que se ha comprobado en el proceso todo lo relativo a la legitimación procesal activa y pasiva tanto de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), la cual conforme a la Ley No.45 de 2007 (art.87), posee la legitimación general "para ejercitar acción ante los Tribunales de justicia, en razón de concentraciones económicas,

prácticas monopolísticas o violaciones de protección al consumidor...". Igualmente, se ha comprobado la existencia y Representación Legal y por ende la personería jurídica de la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, persona jurídica de derecho comercial que actúa como agente económico en el mercado de despacho o servicio de combustible en la República de Panamá (certificación del Registro Público de Panamá y aviso de operación expedido por el Ministerio de Comercio e Industrias), en consecuencia los presupuestos procesales exigidos por la normativa procedimental aplicable a la controversia han sido debidamente acreditados a través de las pruebas documentales pertinentes.

Así las cosas, advierte este Tribunal Superior, se cumplen en el presente proceso los presupuestos procesales y sustantivos exigidos por la Ley que regula la libre competencia en nuestro país para acceder a los tribunales, acción que tuvo su génesis en la demanda interpuesta por la **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** por prácticas monopolísticas relativas en contra de la sociedad demandada **REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L.**, por considerar que afectó mediante una conducta tipificada en la Ley el proceso de libre competencia, concretamente la práctica monopolística relativa establecida en el artículo 16, numeral 9 de la Ley No.45 de 2007.

La conducta atribuida a la sociedad demandada, conforme a la demanda presentada, consiste en la comisión de una práctica monopolística relativa, tipificada en el artículo 16, numeral 9, de la Ley N°45 de 2007, por parte de la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, al establecer un sistema "cupos" en el orden de despacho a los camiones cisternas de las empresas que se surten en su terminal, abusando de su posición de dominio al tener poder sustancial en el mercado de servicio de despacho de

combustible a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá, siendo que la demandada se encuentra verticalmente integrada con la empresa Compañía Chevron de Panamá, S.A., al ser parte de un mismo grupo económico y poseer la misma Representación Legal, con lo que afectó de forma irrazonable a las empresas competidoras de Chevron y Delta, con lo que impidió el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en el suministro y despacho de combustible fósiles líquidos, gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá mediante trato discriminatorio a otras empresas y estableciendo ventajas exclusivas a favor de otras.

El conjunto de normas que deben ser analizadas por este Tribunal y la determinación de su aplicación a los supuestos de hecho o conductas que deben ser comprobadas dentro del proceso comprende las normas de la Ley No.45 de 2007, denominada "Ley de Defensa de la Competencia" que en su artículo 1 señala como objeto de la Ley "proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente en los mercados y servicios".

De igual forma, los artículos 7, 15 y 16, numeral 9 establecen lo siguiente:

"Artículo 7. Prohibición. Se prohíbe, en las formas contempladas en esta Ley, cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o, que de cualquier otro modo, vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios."

"Artículo 15. Concepto de prácticas monopolísticas relativas ilícitas. Son prácticas monopolísticas relativas ilícitas las que disminuyan o impidan la libre competencia o la libre concurrencia entre agentes económicos, de conformidad con los supuestos previstos en los artículos 16, 17, 18 y 19 de esta Ley."

"Artículo 16. Prácticas monopolísticas relativas ilícitas. Con sujeción a que se

comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 17, 18 y 19 de la presente Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas y, por consiguiente, se prohíben los actos unilaterales, las combinaciones, los arreglos, los convenios o los contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar irrazonablemente a otros agentes del mercado, impedirles irrazonablemente su acceso o establecer irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos, en los casos siguientes:

9. En general, todo acto que irrazonablemente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento, la distribución, el suministro o la comercialización de bienes o servicios."

En ese sentido, las prácticas monopolísticas relativas, no solo exigen que se comprueben las conductas tipificadas en la Ley, sino también que se determine el mercado pertinente afectado y si los infractores tienen poder sustancial en dicho mercado, pero a diferencia de las prácticas monopolísticas absolutas éstas se realizan de forma vertical, es decir, se llevan a cabo por agentes económicos que participan en diferentes etapas de los procesos de producción, distribución y comercialización de productos y servicios los cuales pueden llevarse a cabo de forma unilateral o de forma concertada, que pueden involucrar acuerdos que afectan la libre competencia, cuando el infractor o uno de los infractores, tiene una posición de dominio en el mercado en que se desarrolla la conducta.

La determinación acerca de si la conducta que desplegó la sociedad demandada se encuadra dentro del supuesto previsto con carácter general en el artículo 16, numeral 9 de la Ley No.45 de 2007, surge necesariamente de las pruebas practicadas en el proceso y si las mismas demuestran la realización de los hechos que la Ley considera como ilícitos.

El numeral 9, del artículo 16 de la Ley No.45 de 2007, señala que constituye una práctica monopolística relativa "todo acto que irrazonablemente dañe o impida el proceso de libre

competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento, la distribución, el suministro o la comercialización de bienes o servicios", dicho numeral constituye una cláusula abierta dentro de las conductas que regula y sanciona las prácticas monopolísticas relativas, indicando que se considera como prohibido en general, todo acto que irrazonablemente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento, la distribución, el suministro o la comercialización de bienes o servicios, con lo cual queda abierta la posibilidad de sancionar cualquier conducta contraria a la libre competencia, que no encuadre como una práctica monopolística relativa (numerales del 1 al 8), lo que se contempla como cláusula abierta general, a la par de lo que dispone el artículo 7 de la Ley No.45 de 2007.)

La conducta o cláusula abierta dentro de las prácticas monopolísticas relativas, siempre bajo la comprobación de los supuestos de hecho que para todas las conductas normadas en el artículo 16, establece el artículo 17 de la misma Ley, obedece a la imposibilidad del legislador de poder prever en un listado, de forma taxativa, todas las posibles conductas que en el ejercicio de la actividad económica y la contratación comercial y empresarial pueden desarrollar los agentes económicos con posición de dominio en un mercado, en detrimento de la libre competencia y la libre concurrencia, como lo consagra el artículo 15 de la Ley y el artículo 17 en su enunciado, ya sean actos unilaterales, combinaciones y arreglos, convenios o contratos, con el objeto de desplazar irrazonablemente a otros agentes del mercado, impedirles irrazonablemente su acceso o establecer irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos.

Este Tribunal debe valorar conforme a las pruebas aportadas al proceso el cumplimiento de los presupuestos que exigen los artículos 15, 16 y 17 de la Ley No.45 de 2007, para lo cual el primer aspecto es la comprobación de la conducta acusada, que conforme a la demanda presentada consistió en el establecimiento de un sistema de "cupos" por parte de la sociedad demandada en el despacho de combustible a camiones cisternas en las empresas mayoristas en la República de Panamá (hecho sexto de la demanda), sobre lo cual, puede observarse que en la contestación de la demanda la sociedad demandada negó ese hecho, señalando que:

"Con el conocimiento y anuencia de la Dirección General de Hidrocarburos y Energías Alternativas que antes formaba parte del Ministerio de Comercio e Industrias y hoy es parte de la Secretaría Nacional de Energía, REFINERIA PANAMA, S. DE R.L. implementó desde hace algunos años un sistema de Turnos (Cupos) el cual está dirigido a proveer una oportunidad de carga a todos sus clientes basados en su participación en el cargadero de REFINERIA PANAMA, S. DE R.L., y su cálculo está basado en el movimiento de productos de gasolina y diesel combinado en atención al historial de compras de cada cliente, el cual atiende las necesidades de las estaciones de servicios que constituyen el área más sensitiva a los clientes y del consumidor final. Este sistema evita que empresas que tienen una participación importante en el negocio de hidrocarburos y que cuentan con flotas muy grandes tiendan a acaparar u ocupar el cargadero en un momento en particular, privando a otras, de menor capacidad, de mantener un flujo razonable en un tiempo determinado. Este sistema provee la oportunidad de que las empresas distribuidoras planifiquen sus perdidos en función del tiempo, por lo que este sistema sin lugar a dudas no es irrazonable, ni afecta el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, más por el contrario garantiza la participación de todos los clientes y el abastecimiento normal de todas las estaciones, indistintamente de sus distribuidores." (fs.36)

En ese sentido el tema de prueba, como aquel aspecto que se refiere a los hechos que es necesario comprobar dentro del proceso, que su vez son el presupuesto para poder aplicar las normas sustantivas a una situación particular, y por ende determinar el éxito o no de las pretensiones, así como los argumentos de la defensa planteados en el proceso, nos indica que el debate probatorio del proceso se va a circunscribir a los hechos que fueron alegados en la demanda que los origina, los

cuales van a servir como el marco de referencia para la admisibilidad de las pruebas y establecer cuales son las pruebas idóneas, útiles y conducentes a tales efectos, como bien lo señala el artículo 783 del Código Judicial al indicar que "Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficientes".

Tanto la parte demandante, al igual que las sociedades demandadas presentaron en la etapa procesal correspondiente, el caudal probatorio que consideraron pertinente para acreditar su pretensión y sostener la defensa de sus intereses (fs. 88 a 190); el cual fue admitido por la jueza A Quo en la audiencia ordinaria realizada el día trece (13) de septiembre de dos mil once (2011), de cuya lectura se infiere que el material probatorio consistía en pruebas documentales, pruebas de informe, pruebas testimoniales, pruebas de inspección judicial, pruebas periciales y reconocimientos de firmas y contenidos de documentos y declaraciones de partes, las cuales fueron sujetas al contradictorio y objetadas en algunos casos, todo lo cual fue resuelto en la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia.

En resumen, en el proceso se ha respetado el derecho a la prueba de las partes intervinientes, que se traduce en su derecho a obtener las pruebas, el derecho a presentar las pruebas, el derecho a que le sean recibidas las pruebas y el derecho a que sean valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, conforme lo dispone el artículo 781 del Código Judicial, por lo cual la etapa subsiguiente es determinar si el material probatorio aportado por las partes efectivamente comprueba la ocurrencia de los presupuestos que establece la Ley para la existencia de la conducta ilícita que se le imputa a la sociedad demandada, como

3471
69 25

pretende la parte demandante y si fue correcta la valoración del material probatorio realizada por la jueza de primera instancia, al considerar que hubo comprobación de la realización de tales prácticas ilícitas.

En ese sentido el artículo 2 de la Ley No.45 de 2007, señala la aplicación de dicha norma a todos los agentes económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quienes, por cualquier otro título participen como sujetos activos en la actividad económica.

La doctrina define el concepto de agente económico como las personas naturales o jurídicas que dentro de un sistema económico realizan operaciones de producción, distribución, administración, consumo, etc. Asimismo, la actividad de la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** encuadra dentro de dicho concepto y de la descripción que hace el artículo 7 de la Ley N°45 de 2007, de lo que se conoce como "actividad económica" que puede comprender los procesos de producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes y servicios.

Vale resaltar para efectos de la decisión de Segunda Instancia, el enunciado del artículo 16 de la Ley No.45 de 31 octubre de 2007 el cual señala que, "...se prohíben los actos unilaterales, las combinaciones, los arreglos, los convenios o los contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar irrazonablemente a otros agentes del mercado, impedirles irrazonablemente su acceso o establecer irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos..." y que en las conductas imputadas a la demandada se señala concretamente el numeral 9 "En general, todo acto que irrazonablemente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento,

3472

70

26

la distribución, el suministro o la comercialización de bienes o servicios.")

DE LA CONDUCTA ACUSADA

Las pruebas aportadas al expediente a juicio de este Tribunal no dejan dudas acerca de la conducta que se imputa a la sociedad demandada, más bien, la discusión se centra en si dicha conducta puede enmarcarse en la cláusula abierta contenida en el numeral 9 del artículo 16 de la Ley No.45 de 2007, sobre ese aspecto se observa que la demandada acepta la realización de una conducta consistente en un sistema de asignación de cupos, alegando en la sustentación de la Alzada que su actuar está "circunscrito a un [comportamiento normal de negocio] referido al establecimiento de un sistema razonable para prestar sus servicios de despacho de combustible fósil a sus clientes, [solventando a la vez, problema de capacidad de despacho que para la época afrontaba..."], [indicando que esto no es razón suficiente para que se considera ilegal dicha conducta en el ámbito del derecho de la competencia (fs.3406-3407), más adelante indica los requisitos adicionales que deben cumplirse para considerar que existe una práctica monopolística relativa y alegando la noción de "eficiencia económica".)

(El conjunto de pruebas documentales, periciales, testimoniales y de informes aportadas al expediente, efectivamente revelan que la sociedad demandada implementó un sistema de cupos o turnos para el despacho de combustible denominado procedimiento No.17 el cual puede inferirse de la propia contestación de la demanda y las actuaciones procesales, que ha sido comprobado, aunque se plantean causas o razones de justificación para la implementación de dicho sistema, además, de una excepción de "eficiencia económica", sobre la cual este Tribunal se pronunciará posteriormente.)

Por ello, este Tribunal considera bajo el marco del artículo 16, numeral 9, que estamos en presencia de un acto o conducta de carácter general, (en este caso encuadrado como un acto unilateral, por lo que está sujeto a la comprobación del mercado relevante y el poder sustancial para la configuración de la conducta sancionable, esto es "acto que irrazonablemente dañe o impide el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento, la distribución, el suministro o la comercialización de bienes o servicios.", previo también, la ponderación del argumento de la demandada sobre la eficiencia económica que buscaba con dicho acto que está regulada en el artículo 5 de la Ley No.45 de 2007 y que este Tribunal analizará posteriormente.

El informe, referente al análisis del sistema de cupos para el despacho de camiones cisternas en **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, elaborado por la Autoridad de Defensa de la Competencia y Protección al Consumidor (ACODECO) (informe final fs.1635-1657) confeccionado luego de emitida la Resolución DNLC-OGC-026-08 de veintidós (22) de diciembre de dos mil ocho (2008) y habiendo agotado toda la fase de investigación administrativa con práctica de pruebas autorizadas por el Juzgado Noveno de Circuito, Ramo Civil (pruebas de informes, pruebas testimoniales, pruebas documentales, etc.), se establece y así se constata con las pruebas del expediente que "la empresa Refinería Panamá, S. de R.L., había puesto en uso el sistema de carga y suministro mediante el procedimiento No.17 aplicable en el mercado de servicio de despacho de suministro de combustible fósiles líquidos (diesel liviano, diesel mejorado, gasolina de 91 octanos y gasolina de 95 octanos) a camiones cisternas de empresas mayoristas de la República de Panamá de la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**".

Lo reseñado acredita la realización de una conducta por parte de un agente económico que debe ser analizada a la luz de las normas que regulan la defensa de la competencia en nuestro país, por lo que la misma encuadra dentro de la conducta general establecida en el numeral 9 del artículo 16 de la Ley No.45 de 2007, sin embargo, la sola conducta no es razón suficiente para establecer conclusiones sobre la existencia de una práctica monopolística relativa, por lo que procederá este tribunal conforme a las exigencias del artículo 16 de dicha Ley a verificar si se cumplen los supuestos previstos en los artículos 17, 18 y 19 de la misma, esto es, la determinación del mercado pertinente y el poder sustancial del agente económico, todo bajo el análisis de la llamada "regla de la razón", de cara a determinar si la conducta fue realizada para "desplazar irrazonablemente a otros agentes del mercado, impedirles irrazonablemente su acceso o establece irrazonablemente ventaja exclusiva a favor de uno o varios agentes económicos".

La conclusión de este Tribunal referente a la conducta de la que se acusa a la sociedad demandada, es que efectivamente se implementó un sistema de cupos de despacho de combustible a los camiones cisternas de las empresas mayoristas de la República de Panamá, pero también debe verificarse si ese acto vulneró el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento, la distribución o el suministro o la comercialización de estos bienes (combustible) a través del servicio que brinda la sociedad demandada y la comprobación del mercado relevante y el poder sustancial de la demandada en dicho mercado para determinar la juridicidad o no de la sentencia apelada, así como los argumentos de la recurrente y de la parte opositora y las excepciones planteadas y el análisis respecto a si fue o no correcta la valoración de las pruebas llevada a cabo por la jueza de primera instancia, lo que va aparejado con el

análisis detallado de las pruebas practicadas y la determinación de su admisibilidad, conducencia, utilidad, eficacia y su valor probatorio, a efectos de poder arribar a conclusiones respecto a la probanza o no de los hechos contenidos en la demanda.]

DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El artículo 16 de la Ley N°45 de 2007, señala que además de la conducta que tipifica la Ley como práctica restrictiva de la competencia, con carácter relativo se deben comprobar los presupuestos que establecen los artículos 15, 17, 18 y 19 de la misma Ley, es decir, que la conducta disminuya o impida la libre competencia y la libre concurrencia entre agentes económicos, el poder sustancial individual o colectivo sobre el mercado pertinente de los infractores y la determinación de ese mercado pertinente conforme a las reglas del artículos 18 de la Ley No.45 de 2007.

En ese sentido, el mercado pertinente, conforme a la Ley será el área geográfica en el que se ofertan y demandan los productos o servicios dentro de un período de tiempo y permite identificar a los participantes o competidores que ofertan el producto dentro de esto, así como los productos similares, sustitutivos o sucedáneos y la viabilidad en la forma de obtenerlos, para determinar si el abuso en la posición de dominio por el dominante en ese mercado daña, restringe o impide irrazonablemente el proceso de libre competencia y de libre concurrencia. El análisis del mercado pertinente debe determinar el territorio o área geográfica del mercado de productos o servicios y el elemento temporal, como el período de tiempo dentro del cual se conjugaron la oferta de productos o servicios y la demanda de los compradores y consumidores.]

Para efectos de determinar el mercado pertinente conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley N°45 de 2007 en el caso sub-júdice, se debe precisar el tipo de actividad económica que realiza la sociedad demandada y los agentes económicos que participan dentro del mercado de distribución de combustibles (gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano con carácter mayorista) para lo cual se debe tomar en cuenta como elemento la posibilidad de sustitución del bien o servicio, los costos y posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados y las restricciones impuestas por los agentes económicos.

Así tenemos, que con las pruebas documentales se ha comprobado la existencia y la actividad económica que desarrolla la sociedad demandada tomando en cuenta que la posición dominante en el mercado se le atribuye a la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, la cual se dedica a prestar el servicio de carga y despacho de combustible a camiones cisternas para el abastecimiento a las estaciones de expendio de combustible. Se ha comprobado que la demandada se dedica al suministro de combustible en la República de Panamá, mediante el Contrato Ley 063 de ocho (8) de junio de dos mil dos (2002) firmado con el Estado panameño, para establecer, operar y administrar una zona libre de petróleo ubicada en el área Bahía Las Minas, provincia de Colón, a través de la cual se importa, procesa y suministra al mercado nacional de los derivados de hidrocarburos (gasolina de 91 y 95 octavos y diesel al por mayor), y ha cumplido con todos los requisitos legales y administrativos para el ejercicio de su actividad económica, tal como se comprueba con el cúmulo de pruebas documentales aportadas al proceso (resoluciones administrativas, certificaciones de Registro Público, pruebas periciales, pruebas de informes, etc.), obtenidas y practicadas durante la fase de investigación administrativa y luego durante la etapa probatoria correspondiente.

El informe elaborado por la AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) señala que en el caso en estudio:

"... el mercado pertinente se define como el "servicio de despacho de combustibles fósiles líquidos (diesel liviano y mejorado y gasolina de 91 y 95 octanos) a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá", en las terminales de despacho de las empresas Refinería Panamá, S de R.L., y de PIMSA, en el cual Refinería Panamá, S. de R.L. (Chevron Panamá),..." (fs.1642).

Determinar el mercado relevante constituye un aspecto esencial y un requisito para considerar que una práctica monopolística relativa deba ser sancionada, ya que la existencia de la conducta no solo debe ser comprobada sino también que quede plenamente acreditado cual es el mercado pertinente que se afectó, así como si existe el poder de mercado del o los infractores en ese mercado de forma que pueda concluirse en la condena bajo la llamada "regla de la razón", tal como lo señalan los artículos 16 y 17 de la Ley 45 de 2007.

En este mercado pertinente, respecto del servicio de despacho de combustible, en la terminal de Bahía Las Minas (Refpan), existen barreras a la entrada (estructurales), caracterizadas principalmente, por la propia infraestructura de abastecimiento o llenado de los camiones cisterna, dado que se requirieron de grandes inversiones para ello por las economías de escala subyacentes.

Por otro lado, la forma en que estaba organizado el mercado mayorista, de combustibles al territorio panameño, entre las que se pueden mencionar, la adquisición de una póliza de seguros y fianza por B/.1,950,000.00, para los importadores-distribuidores de derivados del petróleo para la venta en el mercado doméstico, la cual posteriormente fue reducida a B/.850,00.00 mediante el Decreto de Gabinete N°5 de 2005, dado que se reconoció como muy elevado en aquel momento y que impedía la entrada de otras empresas fuera de las cinco petroleras existentes, es decir, otras mayoristas independientes.

De igual manera, es necesario tener un infraestructura de acopio y acceso a facilidades portuarias, que por razones de eficiencia económica, las empresas petroleras en general han preferido centralizar sus operaciones de abastecimiento y almacenamiento en torno a la terminal de Bahía Las Minas y de PIMSA, según sus acuerdos comerciales toda vez que resulta mucho más eficiente hacer compras conjuntas de combustibles y aprovechar la capacidad de almacenamiento adyacente a la terminal de carga de Bahía Las Minas, dado que reduce los costos de transacción en la compra de hidrocarburos.

Desde esta perspectiva y dadas las economías de

76

escala y de alcance implicadas, el reducir los costos de transacción (es decir, aquellos costos derivados de la búsqueda de información, de la negociación, la vigilancia y la ejecución del intercambio), y la forma en que se ha organizado este mercado, cuyas transacciones comerciales son más eficientes en la medida que se maneje más volumen de producto, sobre todo por tratarse de un mercado pequeño como el panameño, hace comprensible la centralización de operaciones de importación de hidrocarburos." (fs.1643-1644).

En la conducta general, (la Ley señala como presupuestos que se trate de un acto o conducta, lo que implica que puede ser unilateral o concertado), se mantiene la aplicación de la regla de la razón al establecer que, "irrazonablemente", dañe o impida el proceso de libre competencia y la libre concurrencia, lo que significa que el daño está referido a la actuación sin distorsiones de los agentes económicos en el mercado, actuando de forma individual y con independencia en sus decisiones de mercado de modo que no existan barreras de entrada, para los nuevos oferentes, a fin de que exista libre acceso a la participación en el mercado, por lo que pueden encuadrar dentro de este supuesto cualquier tipo de conducta con esas características, sin que estén descritas en la norma, siempre que se produzcan por un agente con poder sustancial dentro de un mercado relevante en la etapa de producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

La Ley No.45 de 2007, define los supuestos que se requiere comprobar para determinar la ocurrencia de una práctica monopolística relativa señalando en su artículo 18, que el mercado pertinente en el caso que trate, se determinará con base en las posibilidades de sustituir el bien o servicio por otros tanto de origen nacional como extranjero y la capacidad de los consumidores de contar con bienes o servicios sucedáneos, además de los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos, de sus complementos y de sus sustitutos dentro del territorio nacional o en el extranjero, teniendo en cuenta los costos de

transporte, los aranceles y las restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado pertinente, los costos y las posibilidad de los consumidores para acudir a otros mercados, las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abastos alternativas o el acceso de los proveedores a clientes alternativos así como la dinámica de las innovaciones.

En ese sentido, el mercado pertinente, conforme a la ley será el área geográfica en el que se ofertan y demandan los productos o servicios dentro de un período de tiempo y permite identificar a los participantes o competidores que ofertan el producto dentro de éste, así como los productos similares, sustitutivos o sucedáneos y la viabilidad en la forma de obtenerlos, para determinar si el abuso en la posición de dominio por el dominante en ese mercado daña, restringe o impide irrazonablemente el proceso de libre competencia y de libre concurrencia. El análisis del mercado pertinente debe determinar el territorio o área geográfica del mercado de productos o servicios y el elemento temporal, como el período de tiempo dentro del cual se conjugaron la oferta de productos o servicios y la demanda de los compradores y consumidores.

La importancia de la determinación del mercado pertinente radica según Martínez Medrano, en que: "constituye el marco de referencia en el que se evaluará la competencia entre las empresas. El principal objetivo de la determinación del mercado relevante es saber qué competidores reales de las empresas afectadas son capaces de restringir su actuación en el mercado e impedirles actuar sin presión competitiva efectiva. El mercado de referencia es un instrumento de análisis que permite calcular las cuotas de mercado de las empresas, que proporcionarán un indicio

previo del poder de éstas en el mercado a efectos de la evaluación de la posición dominante. No es una cuestión meramente teórica, sino que tiene efectos muy prácticos, puesto que si el mercado se reduce aumenta la posibilidad de que exista posición dominante. Por lo contrario, si el mercado se expande menor será el efecto de la conducta de la empresa en cuestión". (Gabriel Martínez Medrano. Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia. LexisNexis Depalma. Buenos Aires. 2002 Pág.123).

Con respecto al mercado pertinente el perito Napoleón Patiño señaló:

"2. Cuántas terminales de carga de combustible operan en Panamá y cuales fueron sus porcentajes de ventas totales de combustibles para los años 2007 y 2008. DICTAMEN: Par los años 2007 y 2008 en Panamá existían 3 terminales de combustibles que tienen capacidad de carga de combustible, las cuales eran Refinería Panama S. de RL., Petroport, S.A. y Parque Industrial Marítimo de Panamá, S.A., (PIMPSA) ahora Petroamérica Terminal, S.A. (PATSA) De acuerdo a los datos de la Refinería Panama, S. de RL, Para el año 2007 el total de venta de productos limpios fue 7,247,318 barriles y el total de producto vendidos de productos limpios y combinados fue 9,954,965 barriles. (Ver Anexo No.1) En el año 2008 el total de venta de productos limpios fue 7,514,340 barriles y el total de producto vendidos de productos limpios y combinados fue 10,552,755 barriles. (Ver Anexo No.1) En atención a los datos de la empresa Petroport, S.A., y Parque Industrial Marítimo de Panamá, S.A. no se obtuvo esa información para esos años solicitada a la Secretaría Nacional de Energía." (fs.2270).

También señala el perito que:

"DICTAMEN: Para el caso que nos atañe, los competidores que tiene Refinería Panamá S. de R.L., para el suministro del combustible gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano mejorado a camiones cisternas en la República de Panamá son Parque Industrial Marítimo de Panamá, S.A. (PIMPSA), y Petroport, s.a., Adicionalmente, salvo la barrera de entrada en inversiones económicas para infraestructura no hay barreras legales que impidan la entrada de otros agentes competidores al mercado pertinente. Además, en el año de 2007, el Estado mediante Ley No.39 de 14 de agosto de 2007, "Que modifica y adiciona artículos a la Ley 8 de 1987, que regula las actividades relacionadas con los hidrocarburos, y dicta otra disposición", dio incentivos para fomentar las actividades de exploración y explotación de yacimientos de petróleo, de asfalto que se encuentre en su estado natural, de gas natural y demás hidrocarburos, promoviendo la entrada a los agentes competidores." (fs.2271-2272).

Por último señala el perito de la parte demandada que:

"DICTAMEN: El mercado pertinente en el presente caso es el mercado de servicio de combustible líquidos (gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado) a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá. 7. Si existe posibilidad de sustituir la fuente de suministro por parte de importadores-distribuidores a fuentes de abastos alternativas o el acceso de los proveedores a clientes alternativos. DICTAMEN: Si existe la posibilidad de sustituir la fuente de suministro parte parte de importadores-distribuidores a fuentes de abastos alternativas o el acceso de los proveedores a clientes alternativos, la cual la ofrece la empresa Parque Industrial Marítimo de Panamá, S.A. (PIMPSA) y Petroport, S.A. 8. Si existen restricciones normativas que limiten el acceso de importadores-distribuidores a fuentes de abastos alternativos o el acceso de los proveedores a clientes alternativos. DICTAMEN: No existen restricciones normativas que limiten el acceso de importadores-distribuidores a fuentes de abastos alternativos de los proveedores a clientes alternativos."(fs.2280).

Por su parte el perito Gaspar Vásquez, perito de la parte actora claramente señala en su dictamen pericial (fs.2571-2642) a pregunta formulada sobre cuál es el mercado pertinente en el presente caso lo siguiente: "El mercado pertinente es servicios de despacho de combustibles fósiles líquidos (diesel liviano, diesel mejorado, gasolina de 91 octanos y gasolina de 95 octanos), a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá".

Las pruebas documentales referentes a la actividad económica de la sociedad demandada, las pruebas testimoniales aportadas y principalmente las pruebas periciales en economía de los peritos de las partes, dejan claro que el mercado pertinente bajo la determinación que establece el artículo 18 de la Ley No.45 de 2007, es el servicio de despacho o suministro de combustibles a los camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá y con base en esa determinación corresponde entonces analizar el poder sustancial o no que posee la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L.**, sobre dicho mercado conforme a los requisitos que exige la Ley de Defensa de la Competencia para establecer

conclusiones con respecto a la conducta acusada plasmada en la demanda y sus efectos sobre dicho mercado, bajo los parámetros y factores que establece el artículo 19 de los cuales, la determinación de su nivel de participación en el mercado, restringir el abasto del servicio frente a sus competidores, la existencia de barreras de entrada al mercado productos de requisitos y normas legales y cualquier otro factor que se establezca mediante Decreto Ejecutivo que resulten ser importantes.

PODER SUSTANCIAL

El artículo 19 de la Ley No.45 de 2007, señala los mecanismos para determinar la existencia del poder sustancial de un agente económico en un mercado, señalando como factores: "Su participación en este mercado y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad; La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar las barreras y la oferta de otros competidores; La existencia y el poder de los agentes competidores; Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos, su comportamiento reciente; y Los demás factores que se establezcan mediante decreto ejecutivo."

Estos elementos y su análisis permitirán determinar el poder sustancial o de participación que en un mercado determinado tiene un agente económico, cuya posición es legítima siempre y cuando no sea adquirido con violación de las reglas de la competencia correcta y lícita, pero que al adquirirse hace surgir responsabilidades respecto al comportamiento que debe adoptar una

empresa con poder dominante en su actividad competitiva y concurrencial. Como apunta Berdugo Garavito, "La posición dominante no constituye por sí misma una infracción al régimen de libre competencia. El ilícito se presenta cuando se abusa de la misma; cuando existe una explotación desleal de ella. La posición dominante se caracteriza: primero, por los medios de acción de que dispone la empresa, y segundo por su facultad de ejercer una influencia notable en el mercado. Para determinar el abuso, hay que buscar: los comportamientos que pretendan eliminar la competencia y los que buscan explotar a los proveedores o a los consumidores". (José María Berdugo Garavito. Aspectos Generales del Derecho de la Competencia. Biblioteca Jurídica Diké. 1a. Edición. Medellín. 2003, Pág.88).

Si bien, la Ley establece, las definiciones, presupuestos y formas de determinar tanto el mercado pertinente como el poder sustancial de un agente económico, estos conceptos tienen que comprobarse como realidades concretas que acontecen en el mercado, entendiendo como éste al sitio o lugar dentro del cual confluyen los proveedores y vendedores por un lado y por el otro los compradores y consumidores, es decir, en el cual se realizan las ofertas y se concretan las demandas de bienes y servicios, que son intercambiados a través de los precios. En función de lo expuesto, la delimitación del mercado pertinente es un factor indispensable para el análisis de elementos tales como, la sustitución del bien que se oferta en el mercado por otro, los costos para la oferta del mismo, la posibilidad de que los consumidores puedan acudir a otros mercados y cualquier restricción que limite el acceso de los consumidores a otras fuentes de abastecimiento para obtener ese bien, lo que a su vez permite establecer si existe o no poder sustancial del que lo oferta, en otras palabras el grado de participación que tienen en ese mercado, su volumen de ventas, su capacidad para establecer precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado, la

existencia o no de competidores y su volumen de ventas y su comportamiento para producir efectos en ese mercado.

Está acreditado en el proceso la existencia del contrato suscrito entre la República de Panamá y la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L.**, denominado "CONTRATO DE OPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE UNA ZONA LIBRE DE PETRÓLEO", fechado ocho (8) de junio de dos mil dos (2002) a través del cual dicha sociedad obtiene el establecimiento, operación y administración de una Zona Libre de Petróleo para operar, mantener y administrar un complejo de tanques, estaciones de bombeo y ductos, construidos a su propias expensas, así como las áreas marítimas, adyacentes y muelles dados en concesión por la Autoridad Marítima de Panamá, para llevar a cabo las actividades descritas en el Decreto de Gabinete No.29 de 14 de julio de 1992, modificado por el Decreto de Gabinete No.38 de 9 de septiembre de 1992, el Decreto de Gabinete No.4 de 3 de febrero de 1993 y el Decreto de Gabinete No.14 de 7 de abril de 1993, reglamentado mediante Decreto Ejecutivo No.26 de 6 de mayo de 1993, que establece con relación a las operaciones que pueden realizar las personas naturales o jurídicas que las Zonas Libres de Petróleos:

- "a) Introducir, almacenar, manufacturar, envasar, refinar, purificar, mezclar, mercadear, transportar, trasegar, bombear, procesar, transformar, vender o de otro modo disponer en el mercado doméstico, exportar, reexportar, suministrar y en general, operar y manipular petróleo crudo, semi procesado o cualquiera de sus derivados;
- b) Construir instalar y operar refineries de petróleo y otros medios de transformación o procesamiento de petróleos crudos o semi-procesados, tanques de almacenamiento, oleoductos, gasoductos y poliductos, instalaciones de bombeo y tuberías, edificios para oficinas, depósitos o talleres y cualesquiera otras instalaciones; e introducir maquinarias, equipos, repuestos, recipientes, envases, vehículos, mobiliario, equipos para prevenir incendios o derrames, construir edificios para oficinas, depósitos o talleres para el uso de los beneficiarios de contratos para operar en las Zonas Libres de Petróleo en cualquiera de las actividades mencionadas en el literal (a) del presente Artículo;
- f) En general, toda clase de operaciones de actividades propias o incidentales al establecimiento y funcionamiento de las Zonas

Libres de Petróleo para la introducción, almacenamiento, bombeo, trasiego, distribución, comercialización y refinación del crudo y los derivados de petróleo."

Dicho contrato por tratarse de un contrato suscrito con el Estado, está eximido de prueba conforme lo establece el artículo 784 del Código Judicial y el artículo 786 que establece que "Toda Ley, Decreto Ley, Decreto de Gabinete, Acuerdos, Ordenanzas, Reglamentos, Resolución, Dictamen, Informes, Fallos, Documento o acto de cualquier género emanado de alguna autoridad o funcionario de cualquier órgano del Estado...", hará plena prueba en cuanto a la existencia y contenido del documento, adicionando la norma "sin necesidad de que conste en el proceso", aún así el contrato fue incorporado como prueba al proceso.

La comprobación de la posición dominante de un mercado que la Ley de Competencia panameña denomina "poder sustancial", exige prima facie la comprobación del mercado pertinente y a partir de esa comprobación que situación ocupa en ese mercado el agente económico acusado de la práctica restrictiva, lo que implica un análisis del porcentaje o participación de mercado que tiene dicho agente, lo que requiere una experticia económica y contable que revele el volumen de ventas, su capacidad instalada y utilizada, el volumen de venta de los competidores y la participación por el lado de la demanda de compradores y consumidores con el objeto de verificar si existe un mercado de libre competencia y pueden contrarrestar las decisiones económicas unilaterales de aquel que posea la posición de dominio, por ello, la doctrina económica sostiene que el agente económico que pueda actuar prescindiendo las actuaciones de sus competidores y compradores y que pueda tomar decisiones unilateralmente en materia de precios, volumen de ventas, área geográfica, etc., tendrá posición dominante o poder sustancial.

Los acuerdos o acciones unilaterales de carácter vertical

entre empresas que no actúan o participan en las mismas etapas de los canales de producción, distribución, comercialización y ventas de productos y servicios en el mercado, con los cuales a pesar de que los empresarios y comerciantes puedan buscar mejorar su posición en el mercado o determinar sus políticas de distribución de sus productos y servicios, (lo que puede ser legítimo dentro del marco de la libre competencia y la libre concurrencia), tales conductas pueden constituir prácticas monopolísticas relativas cuando se desarrollan con el ánimo de desplazar competidores o de impedir el acceso de competidores al mercado, lo que implica que en cada supuesto deberá analizarse el mercado relevante dentro del cual se está desarrollando la conducta y si el agente económico tiene poder sustancial en ese mercado para influenciar el comportamiento de los otros competidores, o establecer barreras o exclusiones que afecten el funcionamiento eficiente de ese mercado, para conforme a la aplicación de la regla de la razón, determinar lo ilícito de la conducta, proceder a declararla por los tribunales y aplicar las sanciones que la Ley determina, en el ámbito administrativo, por la AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (ACODECO).

En ese sentido, las pruebas periciales y documentales acreditan que la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, tiene poder sustancial en el mercado de despacho de combustible fósiles líquidos a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá, tal como se establece en la situación de privilegio que le concede el contrato suscrito el ocho (8) de junio de dos mil dos (2002), suscrito con la República de Panamá.

De igual forma debe este Tribunal valorar como un documento público el informe final de la investigación preliminar realizada por la ACODECO (previa autorización judicial) establece que:

85

"Tomando en consideración estos preceptos y el hecho de que las cinco petroleras surten sus camiones cisterna en la terminal de Bahía Las Minas, en adición a que solo existen dos terminales de carga, otra de las cuales es PIMSA y es utilizada por la empresa ESSO, deja en claro que el servicio de llenado de los camiones cisterna es manejado principalmente por dos empresas en el ámbito nacional, constituyéndose en un oligopolio puro. De acuerdo a los datos suministrados por la Refpan (diligencia exhibitoria) y la Dirección Nacional de Hidrocarburos y Energías Alternativas, entre los meses de enero y diciembre de 2008, la venta total de combustible de ambas terminales en conjunto, fue de 10,283,380.69 barriles, de los cuales el 73% (7,514,340.00) fueron despachados por Refinería Panamá, S de R.L. (Terminal de Bahía Las Minas) y el 27% (2,769,040.69) restante de PIMSA. Con relación a los datos anteriores queda demostrado que la empresa Refinería Panamá, S de R.L., tiene poder sustancial de mercado de manera unilateral al mantener durante el año 2008 una participación mayor al 40%, en comparación al porcentaje de venta de la otra terminal de carga." (fs.1642-1643).

Por su parte el perito Napoleón Patiño, señala:

"DICTAMEN: Refinería Panamá, S. de R.L., tiene poder sustancial en el mercado de servicio de combustible líquidos (gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado) a camiones cisternas de empresas mayoristas en la República de Panamá. Sin embargo, vale citar la salvedad que señala el Artículo 9 de la Ley No.29 de 1 de febrero de 1996, "Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se dictan otras medidas" establece que: "Artículo 9. Posición monopolista. No infringe esta Ley, el agente económico que se encuentra en una posición de monopolio o alcance una posición de monopolio, por esta sola circunstancia, si tal posición no ha sido obtenida mediante practicas prohibidas por esta misma Ley. Esta norma rigió hasta la fecha que en que entro en vigencia la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, el miércoles 7 de noviembre de 2007, cuando se publicó en la Gaceta Oficial No.25,914. Por lo que, Refinería Panamá, S. de RL., para la mayor parte del periodo le aplicaba las excepciones de la Ley No.29 de 1 de febrero de 1996." (fs.2270-2271).

También hay que ponderar el peritaje de la parte actora realizado por el perito Gaspar Vásquez, que con respecto al poder sustancial de la sociedad demandada en el mercado investigado señaló:

"En cuanto a la participación en el mercado podemos señalar que en el informe final titulado "INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SOBRE POSIBLE PRÁCTICA MONOPOLÍSTICA RELATIVA EN EL SUMINISTRO DE COMBUSTIBLES (GASOLINA DE 91 Y 95 OCTANOS Y DIESEL) EN LA TERMINAL DE CARGA DE LA REFINERÍA PANAMA", señala que según datos de "La Dirección Nacional de Hidrocarburos y

Energías Alternativas, entre los meses de enero y diciembre de 2008, la venta total de combustible de ambas terminales en conjunto, fue de 10,283,380.69 barriles, de los cuales el 73% (7,514,340.00 barriles) fueron despachados por Refinería Panamá, S. de R.L. (Terminal de Bahía Las Minas) y el 27% (2,769,040.69) restante de PIMSA". En este caso el indicador de participación de mercado refleja la capacidad tiene que la empresa REFINERIA PANAMA, S. DE R.L. en cuanto a la oferta de productos. Con esta capacidad de oferta o abastecimiento es posible que los agentes competidores (PIMSA principalmente, actualmente PATSA y Petroterminales de Panamá S.A.) no pueden contrarrestar o disciplinar dicha capacidad.". (fs.2628).

Las pruebas permiten concluir que el presupuesto del poder sustancial en el mercado de servicios de despacho de suministro de combustible fósiles líquidos (diesel liviano, diesel mejorado, gasolina de 91 octanos y gasolina de 95 octanos) a camiones cisternas de empresas mayoristas de la República de Panamá de la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, que exige el artículo 16 de la Ley No.45 de 2007, bajo los parámetros regulados en el artículo 19 de la misma Ley, están debidamente comprobados.

También puede analizarse el contenido del informe final sobre la investigación preliminar del mercado de suministro de combustible que como prueba de informe fue requerido por el juzgado de primera instancia (fs.1635-1657), que contiene un detalle de todas las actuaciones administrativas, incorporación de pruebas documentales obtenidas, pruebas testimoniales, diligencia exhibitoria, etc., realizadas en la fase de la investigación y en el cual se estableció una descripción del funcionamiento de dicho mercado, que en su parte pertinente concluye:

"En este mercado pertinente, respecto del servicio de despacho de combustible, en la terminal de Bahía Las Minas (Refpan), existen barreras a la entrada (estructurales), caracterizadas principalmente, por la propia infraestructura de abastecimiento o llenado de los camiones cisternas, dado que se requieren de grandes inversiones para ello por las economías de escala subyacentes.

Por otro lado, la forma en que estaba organizado el mercado mayorista, con base

87

inicial en el Decreto de Gabinete N°36 de 2003, que establecía una serie de requisitos para la importación mayorista, de combustibles al territorio panameño, entre las que se pueden mencionar, la adquisición de una póliza de seguros y fianza por B/.1,950,000.00, para los importadores-distribuidores de derivados del petróleo para la venta en el mercado doméstico, la cual posteriormente fue reducida a B/.850,000.00 mediante el Decreto de Gabinete N°5 de 2005, dado que se reconoció como muy elevado en aquel momento y que impedía la entrada de otras empresas fuera de las cinco petroleras existentes, es decir, otras mayoristas independientes.

De igual manera, es necesario tener una infraestructura de acopio y acceso a facilidades portuarias, que por razones de eficiencia económica, las empresas petroleras en general han preferido centralizar sus operaciones de abastecimiento y almacenamiento en torno a la terminal de Bahía Las Minas y de PIMSA, según sus acuerdos comerciales toda vez que resulta mucho más eficiente hacer compras conjuntas de combustibles y aprovechar la capacidad de almacenamiento adyacente a la terminal de carga de Bahía Las Minas, dado que reduce los costos de transacción en la compra de hidrocarburos.

Desde esta perspectiva y dadas las economías de escala y de alcance implicadas, el reducir los costos de transacción (es decir, aquellos costos derivados de la búsqueda de información, de la negociación, la vigilancia y la ejecución del intercambio), y la forma en que se ha organizado este mercado, cuyas transacciones comerciales son más eficientes en la medida que se maneje más volumen de producto, sobre todo por tratarse de un mercado pequeño como el panameño, hace comprensible la centralización de operaciones de importación de hidrocarburos.

Esta situación genera una fuerte dependencia hacia el servicio que presta la terminal de carga, en Bahía Las Minas. Por lo tanto, al tener control sobre una facilidad esencial tan estratégica (instalaciones para el servicio de despacho de hidrocarburos a camiones cisterna), se convierte en una barrera a la entrada para participar en la distribución y comercialización de hidrocarburos en el territorio nacional, debido a que solo se cuenta (en el ámbito nacional) con estas instalaciones para el despacho de combustibles, dado el costo de construirlas y las escalas mínimas de operación, en adición a la cercanía a zonas portuarias y la capacidad de almacenamiento.

De acuerdo a la información obtenida en la diligencia practicada a la empresa Chevron y Refinería Panamá, S. de R.L., se ha determinado que la misma opera la terminal de carga de Bahía Las Minas, en adición a que esta empresa (Refpan) opera con base en un sistema de cupos en la venta combinada, en función de la participación de mercado de cada una de las petroleras que surten sus camiones cisternas en dichas instalaciones para la venta de diesel liviano, diesel mejorado y gasolina de 91 y 95 octanos. De igual manera este sistema establece además de los cupos (cantidad de camiones de despachar por día), el orden en el turno o

88

posición en la fila de camiones en el "rack", en el cual la primera posición es para la empresa que más participación de mercado tiene, luego la segunda posición se le asigna a la que tenga segunda mayor participación de mercado y así sucesivamente hasta llegar a la última posición.

El servicio solo se presta directamente a las petroleras, por lo que otro tipo de mayoristas, en este caso independientes, no tienen acceso directo o por sí solos. De acuerdo a este sistema, a cada empresa se le ha establecido un color a saber: naranja para Delta, rojo para Chevron-Texaco, negro para Accel y amarillo para Shell-Esso." (fs.1643-1644).

El análisis de los medios de prueba aportados al expediente no dejan dudas a este tribunal acerca de la conducta acusada, el mercado relevante y sus características así como el poder sustancial que en dicho mercado poseía la sociedad demandada por lo que quedan acreditados todo los presupuestos exigidos por la Ley para la aplicación de la norma invocada como fundamento de derecho en la demanda presentada por la ACODECO, por lo que solo queda por verificar la excepciones presentadas por la sociedad demandada principalmente el argumento de la eficiencia económica como justificación de la conducta desplegada.

LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA EFICIENCIA ECONÓMICA ALEGADA

De la lectura y análisis del artículo 16 de la Ley No.45 de 2007, se infiere como condición a los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos, prohibidos que el efecto que se desea sancionar es el desplazamiento irrazonable de otros agentes del mercado, impedir e irrazonablemente su acceso o establece irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos, lo que se traduce en que la regla de valoración no es de carácter "per se", es decir, en sí misma ilícita como ocurre en el caso de las prácticas monopolísticas absolutas que sanciona el artículo 13 de la Ley No.45 de 2007, ya que en el caso de las prácticas monopolísticas relativas debe aplicarse la llamada "regla de la razón", es decir, si es

razonable o no la conducta desplegada por el agente económico con poder sustancial sobre el mercado relevante.

Por esta razón, para determinar si se ha concretado la práctica restrictiva de la competencia con carácter relativo, no solo debe comprobarse el tipo o la conducta establecida en la Ley, sino también analizar los posibles efectos negativos que tendrá sobre la libre competencia o la libre concurrencia; por esta razón, como quiera que el análisis de la conducta requiere de una ponderación de supuestos y de los efectos de la misma, en su descripción se utiliza el concepto "irrazonable". Consecuentemente, en el análisis de la regla de la razón sobre las razones que la motivaron y los efectos que provocaron, siempre deberá considerarse si el agente económico infractor tenía poder sustancial y cuál era el mercado relevante, para concluir si se afectó de forma significativa el establecimiento de precios, el volumen de la oferta y el derecho a la libre competencia y a la libre concurrencia de los agentes económicos en dicho mercado, tomando en cuenta que, la posición dominante por si misma no es ilícita y como regla general tampoco afectará a otros mercados, por lo que solo serán ilícitas estas prácticas cuando se compruebe su efecto negativo para el mercado.

La noción de irrazonable que encontramos concretamente para las prácticas monopolísticas en el artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia, está definida en el numeral 2, del artículo 14, "parágrafo" del Decreto Ejecutivo No.8-A del 22 de enero de 2009, que reglamenta el Título Primero de la Ley No.45 de 2007, que establece lo siguiente: "Irrazonabilidad: En consonancia con el artículo 5 del presente Decreto Ejecutivo, se considera irrazonable el desplazamiento de otros agentes del mercado, la obstrucción de su acceso al mercado el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de uno o varios

agentes económicos, cuando el efecto abusivo o restrictivo, actual o potencial restrictivo de estas conductas sobre el proceso de libre competencia y libre concurrencia económica supere su incidencia positiva en términos de beneficios para el bienestar de los consumidores y/o la eficiencia económica.”.

Esta disposición traduce la aplicación de la regla de la razón para poder establecer la existencia de prácticas monopolísticas para beneficio de los consumidores y la eficiencia económica antes de su realización, tomando como base que la conducta supere el efecto positivo que debe generar, en otras palabras que la conducta obedezca a razones de eficiencia y garantice el bienestar de los consumidores.

El mismo Decreto que reglamenta las normas de la Ley No.45 de 2007 señala en su artículo 14 cuales son los actos que irrazonablemente dañan o impiden el proceso de libre competencia y establece concretamente en el numeral 3 “El otorgamiento de condiciones favorables por parte de los proveedores a sus clientes, con el requisito de que sus compras representen un determinado volumen o porcentaje de la demanda de aquellos, cuando esa exigencia no se justifique en términos de eficiencia económica.”.

La demanda presentada por la ACODECO solicita con carácter declarativo, que se declare que la sociedad demandada ha realizado prácticas monopolísticas relativas en el servicio de despacho de suministro de combustible fósiles líquidos (diesel liviano, diesel mejorado, gasolina de 91 octanos y gasolina de 95 octanos) a camiones cisternas de empresas mayoristas de la República de Panamá, concretamente la conducta establecida en el numeral 9 del artículo 16 de la Ley No.45 de 2007, siendo que dentro de los hechos comprobados en el proceso, se ha establecido

la implementación de un sistema de cupos para el despacho de gasolina de 91 y 95 octanos al igual que diesel liviano y mejorado, se ha establecido el mercado pertinente y el poder sustancial de la demandada en dicho mercado, queda por comprobar dentro del proceso si la conducta desplegada fue razonable o no, si la misma obedecía a razones de eficiencia económica y si ocasionó un acto discriminatorio, desabastecimiento del mercado o ventaja exclusiva a favor de otros agentes económicos.

Debe este Tribunal hacer mención de la Resolución No.345 de 12 de diciembre de 2008 que consta en el proceso a través de la cual la Dirección Nacional de Hidrocarburos y Energías Alternas de la República de Panamá, resolvió sancionar a la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.** con una multa producto de las demoras en el despacho de combustibles en la terminal de Bahía Las Minas, y la implementación de un "sistema de Carga por participación de mercado", sin haber comunicado a la autoridad correspondiente esa decisión y que afectó a juicio de esa autoridad el normal abastecimiento de combustibles para algunas empresas, lo que concatenado con el cúmulo de pruebas aportadas en el expediente, determina que los hechos que motiva la demanda presentada ocurrieron después de la entrada en vigencia de la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007.

La explicación acerca de como funcionaba el sistema "cupos", también llamado "rack combinado" para el despacho de combustible por la sociedad demandada fue debidamente comprobado y explicado dentro de las actuaciones procesales de ambas partes y las pruebas documentales y periciales suscritas y se describe de la siguiente forma:

1. La sociedad demandada señala en la contestación de la demanda (hecho quinto) lo siguiente: "Con el conocimiento y anuencia de la Dirección General de Hidrocarburos y Energías

Alternativas que antes formaba parte del Ministerio de Comercio e Industrias y hoy es parte de la Secretaría Nacional de Energía, REFINERIA PANAMA, S. DE R.L. implementó desde hace algunos años un sistema de Turnos (Cupos) el cual está dirigido a proveer una oportunidad de carga a todos sus clientes basados en su participación en el cargadero de REFINERIA PANAMA, S. DE R.L., y su cálculo está basado en el movimiento de productos de gasolina y diesel combinado en atención al historial de compras de cada cliente, el cual atiende las necesidades de las estaciones de servicios que constituyen el área más sensitiva a los clientes y del consumidor final. Este sistema evita que empresas que tienen una participación importante en el negocio de hidrocarburos y que cuenta con flotas muy grandes tiendan a acaparar u ocupar el cargadero en un momento en particular, privando a otras, de menor capacidad, de mantener un flujo razonable en un tiempo determinado. Este sistema provee la oportunidad de que las empresas distribuidoras planifiquen sus pedidos en función del tiempo, por lo que este sistema sin lugar a dudas no es irrazonable, ni afecta el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, más por el contrario garantiza la participación de todos los clientes y el abastecimiento normal de todas las estaciones, indistintamente de sus distribuidores." (fs.35-36).

2. En el informe final producto de la investigación administrativa realizada por la ACODECO se estableció la conducta acusada de la siguiente forma: "Recientemente se ha discutido mucho el actuar de la compañía al denunciarse trato discriminatorio y a la vez, preferencial en el proceso de abastecimiento de combustible en las instalaciones de la terminal de carga en Bahía Las Minas; y que el servicio del despacho de combustible era por turno de llegada (primero que llega, primero que sale), dando por el contrario preferencia a otros clientes, de acuerdo a su participación en la venta de combustibles en el mercado panameño con el actual sistema de cuotas. Con fundamento en la noticia precitada en la página 1, y la queja principal de que muchas empresas que están a la espera en entrar al "rack" de

despacho, no se les respeta el turno de llegada, debido a dichas preferencias, sobre la base de cuotas asignadas, establece un elemento muy importante a tener en cuenta respecto de una conducta anticompetitiva. Esta situación puede incluso repercutir en la venta al por menor, al afectar en principio el abastecimiento a las estaciones de servicio o venta al por menor. Como ya se ha mencionado, la multa impuesta a esta empresas, por trato discriminatorio en adición a la exigencia de ampliar la capacidad de despacho, se convierte en un elemento importante a tener en cuenta, toda vez que es un indicio grave de la realización de una conducta anticompetitiva, que puede llegar a desplazar a otros competidores, máxime cuando en la resolución sancionadora se menciona que formalmente las empresas Shell y Accel, se quejaron de este sistema en el caso del diesel." (fs.1637-1638).

3. El perito Napoleón Patiño explica el sistema, señala:
"DICTAMEN: Actualmente el sistema utilizado es por orden de llegada. ... DICTAMEN: Anteriormente se utilizaba un sistema de turnos por empresas. Cada empresa tenía una secuencia (Color) que se intercalaba en una secuencia de turnos de acuerdo a las necesidades de cada cliente. En momentos en el que la demanda de carga excede la capacidad de despacho instalada este sistema permitía una oportunidad de carga a cada empresa en un periodo de tiempo determinado. El porcentaje asignado en esta secuencia estaba basado en el volumen histórico de compra de productos de que han levantado las empresas importadoras-distribuidoras al mercado local en Refinería Panama, S. de RL. ... DICTAMEN: El sistema de rack que tiene actualmente Refinería Panamá, S. de R.L., lo utiliza desde finales de diciembre de 2011. ... DICTAMEN: Consiste en una secuencia para intercalar cada empresa petrolera en un periodo determinado. Esta oportunidad de carga dependerá si el conductor de la empresa esta presente o esta aguardando para turno de carga. ... DICTAMEN: Al comienzo cada empresa tiene 1 o más turnos en las primeras 10 posiciones. Luego la distribución continúa en proporción a su demanda promedio. (Ver Anexo No.2)." (fs.2272-2273).

4. El perito Gaspar Vásquez explica el sistema de cupos de la siguiente manera: "El sistema de cupos establecido por Refinería Panamá, S. de R.L. basado en las participaciones de mercado de las empresas que compran combustibles fósiles (gasolina de 91 octanos, 95 octanos, y diesel) es anticompetitivo. Las empresas con mayores participaciones de mercado (35.5% de Delta y 22.3% de la marca Texaco, para el año 2008), ver tabla N°1, tienen ventajas en cuanto al suministro de estos combustibles con relación a las empresas con menores participaciones de mercados (como es el caso de ACCEL con 26.0% y de 16.2% de Esso / Shell). El cálculo bajo este sistema no está basado en las necesidades de las empresas importadoras - distribuidoras ya que si una de estas en un determinado momento llega a tener más necesidades de aprovisionarse de combustibles quedaría limitada por la participación de mercado que se tenía en el año 2008 (ver tabla inferior) y que servía de base para el año 2009. Esto quedó confirmado con la diligencia probatoria que realizó la ACODECO, ya que el reparto de camiones del día 14 de enero de 2009, arrojó que Petróleos Delta, S.A. contaba con una participación de camiones correspondiente a 40.2%, Compañía Chevron de Panamá, S.A. con 24.3%, Petrolera Nacional, S.A. (Accel) con 21.7% y Esso/Shell con 13.8%.". (fs.2615)
5. Por su parte el perito Marcos Morales, señala: "Respuesta: El sistema de despacho de combustibles fósiles líquidos gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano y mejorado a las empresas que surten sus camiones en la terminal de Refinería es por orden de llegada, una vez el camión llega a las instalaciones de Refinería Panamá el conductor procede a entregar la documentación correspondiente en la garita de entrada, se verifica la documentación, si cumple con los requisitos establecidos; se le entrega un número que corresponde a la orden de llegada y atención en el sistema de despacho, el camión se mueve a otra área dentro de las instalaciones de Refinería donde espera su turno, cuando le toque el turno el camión cisterna se ubica en el lugar de despacho que le corresponda, hay dos sistemas de despacho operando, el de llenado por la parte superior del tanque

cisterna y el de llenado por la parte inferior del cisterna, dependiendo del sistema de llenado que tenga autorizado el cisterna se procede a ubicarlo donde le corresponda, una vez se carga todo el producto en el cisterna, se continúa con los procedimientos de sellado y documentos correspondientes para abandonar las instalaciones de Refinería.". (fs.2645-2646).

6. El documento denominado "LOADING RACK PROCEDURE", utilizado dentro de las pruebas periciales y recabado mediante el aseguramiento de prueba practicado y que utiliza la REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L. para la carga en la Terminal de combustible de Bahía Las Minas, señala como aspectos a resaltar el procedimiento que deben cumplir los camiones cisternas de las empresas petroleras antes de realizar la carga en la Terminal de la refinería, que previamente deben tener contrato de suministro con la Terminal; todos los camiones cisternas deben estar debidamente identificados y cumplir con las medidas de seguridad correspondiente así como estar registrado en el sistema de automatización de la Terminal "TAS" y se describe el sistema de turnos del modo siguiente: "La terminal opera un sistema de turnos para productos combinados el cual ha sido efectivo por casi 3 años. El sistema mantiene una flujo de carros cisternas para todos nuestros clientes en un tiempo determinado. El sistema garantiza una oportunidad de carga a todos los clientes dependiendo de su participación en la Terminal. Promueve la optimización de flota de nuestros clientes, reduciendo costos operativos. Promueve la reducción de largas horas de espera y la exposición de los conductores a la fatiga (Cansancio). La cantidad de turnos asignados por empresa se calcula de acuerdo al volumen de productos claros, Gasolinas y Diesel, levantado durante el año anterior. Una vez desarrollada la secuencia se distribuye a cada empresa para su revisión y comentarios. Al presente, no todos los turnos diarios disponibles son utilizados por los clientes. Si no se estableciera un sistema de carga, debido al cambio de PPI cada 14 días, las grandes empresas con mayores flotas acapararían las

oportunidades de carga, pudiendo producir un desabastecimiento a una marca en específico en los días de alta demanda y evitando la normalización del cargadero." (fs.2563-2564).

Infiere este Tribunal de la descripción del procedimiento utilizado para el despacho de combustible a los camiones cisternas que el mismo fue implementado de forma unilateral por la sociedad demandada cuyos argumentos de razonabilidad están referidos a que este sistema permitió a **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, obtener mayor eficiencia en el uso de las instalaciones de la Terminal para el despacho y suministro de combustible y que tal sistema no afectó el abastecimiento de gasolina de 91 y 95 octanos y diesel liviano durante el período de los años 2007 al 2009 e incluso se evitó el acaparamiento del producto.

Este Tribunal entiende que el sistema de cupos se estableció con base en el orden o fila de camiones que acceden al abastecimiento diario y se le asigna la prioridad en ese orden a la empresa con mayor participación de mercado en otras palabras a la empresa que tiene más volumen de ventas y con ese orden se establecen las siguientes posiciones, tal y como se observa en el cuadro realizado para la realización de los dictámenes periciales (cuadro No.1 que contiene el reporte de ventas en la Terminal Bahía las Minas en el año 2008), para las distribuidoras Shell/Esso, Texaco, Delta y Accel, de forma que la empresa con mayor cantidad de camiones que desca surtirse, recibirá más cupos tomando como base su volumen de ventas, tal y como se observa en el cuadro No.2 donde con base a su participación de mercado se le asignan las cantidades y orden de prelación para el abastecimiento (por ejemplo: Delta, con una participación de 40.2% se le asignan 76 cupos de despacho; Texaco con 24.3% de participación se le asignan 46 cupos, Accel con 21.7% de participación se le asignan 41 cupos y Shell/Esso con 13.8 de participación se le asignan 26 cupos) que permite concluir que el

acto unilateral implementado con este sistema por la sociedad demandada establece una ventaja para las empresas que tienen mayor volumen de mercado.

La prueba documental que reposa a fojas 2532 del infolio que forma parte de los anexos utilizados para la prueba pericial contable de la parte demandada presentada, revela que las ventas al mercado local de las empresas importadoras - distribuidoras calculados en millones de galones para el año 1998 de forma descendente se estableció a Petróleos Delta (193), Compañía Chevron (116), Petrolera Nacional, Accel - Terpel (86), Shell (83), Esso (70), el cual se enmarca en cuanto al posicionamiento por volumen de ventas de forma similar al establecido en la pericia de la parte actora. En ese sentido, el perito en contabilidad, Gil NG Arcia señaló en su dictamen pericial "Este sistema consistía en asignarle a las compañías distribuidoras o mayoristas de combustibles turnos para cargar combustibles en las instalaciones de Refinería Panamá, S. de R.L. que tenía asignadas para tal fin. Estos turnos diarios para carga de producto se asignaban de acuerdo al volumen total de compras que éstas empresas realizaban en el año inmediatamente anterior, entre más volumen habían comprado las empresas, más turnos se le otorgaban. Refinería Panamá, S. de R.L. identificaban con colores a las empresas distribuidoras de combustibles en el informe Control de Entradas de Cisternas al Cargadero de la siguiente forma: amarillo para Shell, anaranjado para Delta, negro para Accel, rojo para Texaco y azul para Esso, y que el mismo era utilizado en la Garita de entrada a las instalaciones." (fs.2255).

Las cifras analizadas por los peritos en contabilidad (aún cuando difieran en la muestra utilizada por el perito de la demandante) revelan una concatenación entre la asignación de los turnos y los "cupos" a las empresas que se abastecen en la **REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L.**, tomando como prelación su volumen de ventas, en otras palabras existía preferencia en el despacho de combustible para las empresas con un volumen mayor de ventas, lo

que refleja un trato discriminatorio en perjuicio de las empresas con menor volumen de venta, lo que a juicio de este Tribunal constituye una práctica discriminatoria que se encuadra dentro de los actos unilaterales que crea ventajas exclusivas en la distribución o suministros de combustibles fósiles líquidos (diesel liviano, diesel mejorado, gasolina de 91 octanos y gasolina de 95 octanos) a camiones cisternas de empresas mayoristas de la República de Panamá de la sociedad **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, que afecta la libre competencia y la libre concurrencia al tenor del enunciado del artículo 16 y el numeral 9 de la Ley No.45 de 2007.

Esta discriminación analizada bajo la regla de la razón, permite que el agente económico con poder sustancial en un mercado discrimine entre sus compradores, lo que a la vez le permite también incrementar sus beneficios favoreciendo a los compradores que tienen un volumen más elevado de ventas a los cuales se les da un trato preferente por los beneficios que le reporta en menor plazo la distribución o venta del producto, máxime que este trato preferente se da en el marco de un mercado muy limitado por el lado de la oferta, por las características propias que posee la actividad de importación, procesamiento y distribución de combustible (infraestructura, instalaciones esenciales, tanques de almacenamiento, servicio de acceso al despacho, etc.), que impide a los compradores sustituir el bien o acudir a otro proveedor, por lo cual se produce una restricción en el acceso al mercado pertinente producto de la conducta acusada del agente con posición dominante.

La doctrina económica que analiza tanto la regla de la razón para determinar si la conducta desplegada se justificaba dentro del marco de la competencia y no con un fin ulterior de afectación o discriminación, nos indica, que la libre competencia

y la libre concurrencia conducen a la eficiencia económica, de manera que el agente económico eficiente obtendrá en los mercados un mayor volumen de producción a un menor costo, ofreciendo mejores precios y por ende mayor poder de mercado, ya sea a través de la innovación, mejorando sus medios de producción y disminuyendo sus costos, pero cuando existe un poder sustancial en el mercado el agente económico no requiere de esta excepción en virtud de la posición dominante que posee y por ello, se sancionan los diversos tipos de conductas con ese presupuesto como prácticas monopolísticas restrictivas.

En el caso sub júdice, a juicio de este Tribunal se establecieron ventajas o preferencias indebidas mediante un sistema de turnos favoreciendo a unas empresas por encima de otras de acuerdo con su volumen de compra y obviamente de ventas a los consumidores estableciendo un trato discriminatorio a las otras empresas para obtener mayor celeridad y mejorar su distribución a los concesionarios de combustibles y su posterior venta al por menor. La doctrina explica claramente esta conducta y la imposibilidad de alegar la regla de la eficiencia en el caso de las prácticas monopolísticas relativas señalando lo siguiente:

"Para que puedan aducirse las ventajas en eficiencia, es necesario que en virtud de la práctica no se constituyan "ventajas exclusivas indebidas". A nuestro juicio, las "ventajas exclusivas indebidas" se dan cuando el contrato en cuestión solamente beneficia a una de las partes, situación que suele darse en los "abusos de posición dominante" de la Unión Europea, en la que la única empresa que obtiene "ventajas exclusivas" es la empresa con poder sustancial, en perjuicio de los distribuidores, del resto de los competidores o de los consumidores. Lo anterior no podría justificar ganancias en eficiencia, a menos que las ventajas derivadas de las prácticas monopolísticas relativas beneficien a ambas partes, productores o fabricantes y distribuidores o clientes." (Xavier Ginebra Serrabou. Derecho de la Competencia. Págs.130).

El porcentaje de participación del mercado de la **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**, se ha comprobado era de aproximadamente 70%,

que conforme a las pruebas periciales, económicas y de informes, revela que para los años dos mil siete (2007) y dos mil ocho (2008), solo se contaba en el mercado de importación y venta de gasolina de 91 y 95 octanos de diésel liviano y mejorado con dos empresas; mientras que Petroamérica Terminal, S.A., tenía un porcentaje del 30% del mercado, lo que refleja la posición dominante de la sociedad demandada que no ameritaba en ese mercado establecer ventajas o preferencias para sus clientes o compradores de acuerdo con el volumen de ventas, ya que el concepto de eficiencia debe atender a un principio básico que está establecido en el artículo 1 y en el artículo 5 de la Ley No.45 de 2007, esto es, que la alegada eficiencia económica no perjudique al mercado y a los consumidores dentro de la cadena de producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes y servicios.

Este Tribunal considera que el sistema de cupos implementado por la sociedad demandada para los camiones cisternas que se abastecen en las estaciones de **REFINERÍA PANAMÁ S. DE R.L.**, no tiene justificación o fundamento económico en el marco de la legislación de Libre Competencia y Libre Concurrencia, ya que benefició a las empresas con mayor volumen de ventas, limitando el acceso al mercado de las empresas con menor volumen de ventas, ya que evidentemente las empresas favorecidas obtienen ventajas dentro del sistema de abastecimiento al tener más turnos para utilizar el procedimiento o manual de suministro y al reducirse el tiempo de abastecimiento las empresas con mayor volumen de ventas tendrán la posibilidad de realizar más viajes para el proceso de suministro que las que tienen un menor número de turnos y por ende el proceso de abastecimiento a los concesionarios que venden a los consumidores al por menor se retrasa y se limita disminuyendo sus posibilidades de incrementar sus ventas al detal.

Lo anterior revela un trato discriminatorio dentro del mercado relevante, lo que se agrava frente a las pruebas documentales, la inspección judicial y las pruebas periciales que establecen que la empresa Chevron - Texaco, pertenece al grupo económico de la sociedad demandada, dado de que tratándose de una conducta vertical el trato discriminatorio plantea beneficios para el agente con posición dominante en el mercado, que de forma discrecional ha establecido la asignación de los cupos para el abastecimiento de combustible, que se ha comprobado toma como base el volumen de ventas de sus clientes en el llamado "rack", del servicio de despacho en su terminal de carga Bahía Las Minas, que ha sido debidamente comprobado en el proceso, así como los otros presupuestos exigidos por el artículo 16 de la Ley No.45 de 2007.

Por ello, no encuentra este Tribunal razones dentro de los argumentos del recurso de apelación de la sociedad demandada, para revisar la decisión de primera instancia aún con las características del mercado relevante (v.gr. Concesión administrativa; regulación del precio de paridad; como precio sugerido, las barreras de entradas al mercado, las instalaciones esenciales de la demandada, etc.), para revocar la sentencia de primera instancia, ya que se limitó el acceso a agentes económicos que requerían el servicio mediante un trato preferencial hacia otros, sin que se haya sustentado bajo la regla de la razón cual es el fundamento para el sistema implementado, por el contrario se reconoce que el mismo se estableció de acuerdo con el historial de compra en la terminal aún cuando no se haya desplazado irrazonablemente a los agentes económicos si se impidió (limitó) irrazonablemente su acceso al mercado y también se establecieron ventajas a favor de uno o varios agentes económicos y por ende se discriminó a otros con el llamado procedimiento operacional No.17 que se ha explicado a lo largo del proceso.

2504

La doctrina económica no discute la licitud de la posición dominante en un mercado adquirida conforme a las reglas de la libre competencia y libre concurrencia, sin embargo, tal situación de poder sustancial en un mercado debe brindar la posibilidad de competir en un plano de igualdad cuando se produce una conducta tipificada en la Ley en la que se "abuse" de esa posición de dominio, las mismas deben ser sancionadas para garantizar las reglas de la competencia y el funcionamiento eficiente de los mercados que en definitiva protegen el interés superior de los consumidores cuando mediante actos unilaterales o concertados de los productores o distribuidores restrinjan la competencia, lo que encuentra su base constitucional en el artículo 295 de la Constitución Nacional que establece "Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público", y que desarrolla la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007.

Por esa razón el catálogo de conductas restrictivas de la competencia y los presupuestos que se exigen en la regulación de las prácticas monopolísticas relativas introduce la "cláusula abierta o conducta general", a través de la cual puede ser sancionado cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe o impida la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados de bienes y servicios (art.7), que involucra actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos que tengan por objeto desplazar irrazonablemente a otros agentes del mercado, impedirles irrazonablemente su acceso o establecer irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos (art.16). Por ello la doctrina señala que "de esta manera si un comportamiento encuentra adecuación típica en normas especiales

la prohibición general quedaría relegada frente a esa norma particular. Por tanto, la prohibición general fue diseñada por el legislador con el objeto de rechazar situaciones o comportamientos que alteran o limitan la libre competencia y sobre las cuales no pudo prever de manera particular su realización". (Mauricio Velandia. Colección de Derecho Económico. Universidad Externado de Colombia. Pag.221).

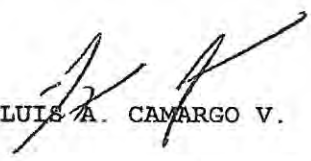
Finalmente, la excepción de eficiencia económica que establece el artículo 5 de la Ley No.45 de 2007, señala, que el agente económico que la alegue deberá acreditarla, por lo que las pruebas aportadas al infolio tanto en primera como en Segunda Instancia no alcanzan para establecer dicha excepción en favor de la parte demandada y que el sistema de cupos establecidos haya logrado eficiencia a través del incremento de la demanda del servicio de despacho de combustible para el período investigado, en el despacho de combustible que la misma haya beneficiado a los consumidores finales. De ahí las quejas que generó su implementación, que de haber mejorado la distribución mediante tiempos más cortos todos los clientes no hubiera existido y que motivaron la intervención de la Secretaría General de Energía, afectando a las empresas distribuidoras de combustibles con menor volumen de ventas y por ende afectando el funcionamiento eficiente de ese mercado, en el marco de la libre competencia y la libre concurrencia, razón por la cual no pueden reconocerse las excepciones invocadas por la parte recurrente (inexistencia de daños a la libre competencia; inexistencia de la práctica monopolística relativa y de eficiencia económica), que conforme a la Ley aplicable y al Decreto reglamentario de la misma dicho argumento de eficiencia económica deberá ser razonable, comprobable y cuantificable lo que a juicio de este tribunal no se ha producido conforme a las pruebas presentadas referentes al nexo causal entre lo alegado por la defensa y lo acreditado en el proceso y sus efectos en el mercado relevante.


Procederá este Tribunal a confirmar la decisión de primera instancia y de acuerdo con lo que establece el artículo 295 de la Constitución Nacional que establece que, habrá acción popular para impugnar ante los Tribunales cualquier práctica monopolística y que la Ley No.45 de 2007 establece las facultades y legitimación de la **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** para ejercitar acciones ante los Tribunales de Justicia por prácticas monopolísticas (art.87), de conformidad con el artículo 1077 del Código Judicial, no habrá condena en costas por el trámite de la Segunda Instancia.

En mérito de lo expuesto el **TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **CONFIRMA** la sentencia No.107-15 de quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), dictada por el Juzgado Noveno de Circuito de lo Civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá, dentro del proceso por Prácticas Monopolísticas Relativas, propuesto por **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** en contra de **REFINERÍA PANAMÁ, S. DE R.L.**

SE EXONERA del pago de costas a la sociedad demandada por el trámite de la Segunda Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MGDO. LUIS A. CAMARGO V.


MGDA. MARÍA EUGENIA LOPEZ ARIAS


LICDA. LLOVANA O. DE ALONSO
SECRETARIA JUDICIAL III