

3798

TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA. Panamá, veintiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2008).

VISTOS:

Procede del Juzgado Noveno de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, en GRADO DE APELACIÓN, el expediente que contiene el PROCESO POR PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS propuesto por la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), en contra de las sociedades ACETI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. El recurso in comento se presentó en contra de la Sentencia N°59 de 29 de septiembre de 2004, la cual DECLARA LA SUSTRACCIÓN DE MATERIA en la EXCEPCIÓN DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ACTIVA propuesta por la demandada ACETI-OXÍGENO, S.A.; y ACCEDE a la pretensión de la parte actora y, en consecuencia, DECLARA que las sociedades ACETI-OXÍGENO, S.A., y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., "... de conformidad con el numeral 5 en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 de la Ley N°29 de 1996, han incurrido en una práctica monopolística absoluta prohibida por la Ley, al tenor del numeral 4 del artículo 11: "Establecer concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones", específicamente, en su participación en la Licitación Pública N°310084 de la Caja de Seguro Social, para la fijación del precio unitario por el suministro, transporte, entrega y descarga del oxígeno médico consumido por los hospitales y policlinicas de la institución en el periodo del 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999".

(fs.3671-3671)

Ingresado el expediente a este nivel jurisdiccional, en estricta observancia de las normas pautas dictadas por el artículo 1268 del Código Judicial, las partes presentaron la sustentación de su alegato y oposición, dentro de esta fase procesal correspondiente

(fs.3673-3770).

31 /

Como quiera que las etapas de segunda instancia en este proceso han quedado evacuadas y, como no se han encontrado vicios ni pretermisiones que pudiesen causar la nulidad de lo actuado, procede este Tribunal a dictar el fallo de fondo, para lo cual se adelantan las siguientes consideraciones:

ARGUMENTOS DE PRIMERA INSTANCIA

El funcionario *A Quo*, al sustentar el fallo impugnado, señaló que ha sido acreditado en el infolio la condición de competidoras de las empresas demandadas en el mercado de oxígeno médico, amén de que la sociedad **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, en la contestación de la demanda aceptó el HECHO PRIMERO de la misma, el cual está relacionado con el asunto de la competencia, siendo que la empresa **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, no negó tal condición.

Señala igualmente, el referido servidor judicial que se probó en el cuaderno que las empresas participantes de la Licitación Pública N°310084 de 1998 debían cotizar precios para tres (3) tamaños de tanques de oxígeno (12, 24 y 200 pies cúbicos) y que el método de evaluación consistía en sumar los precios ofrecidos en los tres (3) tamaños de tanques en cada renglón, procediendo a adjudicarse cada renglón a la empresa que cotizara el menor precio de la suma de los tres (3) tamaños de tanques de oxígeno.

Sostiene el Despacho inferior que fue debidamente acreditado en el proceso que las sociedades **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, presentaron posturas en la Licitación N°310084 de 22 de mayo de 1998, puesto que éste fue admitido por las propias empresas, no coincidiendo éstas en las provincias en que ofertaron el precio de un centavo para los tanques de menor consumo.

Expresa el fallo recurrido que el Peritaje estadístico demostró que la probabilidad de que las demandadas no coincidieran en los renglones en los cuales ofertaron los tanques de oxígeno de menor tamaño al precio de un centavo, es prácticamente remota (fs.3668); por lo que, no aparecen pruebas en el expediente que indiquen fehacientemente que el comportamiento de las empresas demandadas en la Licitación Pública N°310084 de 1998, se deba a las "... circunstancias por ellas expresadas... como elementos justificativos que expresan en su defensa (experiencia en el mercado, presencia en cada provincia, cantidad de cilindros disponibles, capacidad para cumplir). (fs.3668)

Afirma el Juzgador de instancia que "... llama la atención que para las demandadas sea tan diferentes las realidades de un mismo mercado, pues tomando en consideración que ambas son competidoras en el campo del producto oxígeno médico, lo más lógico es que ambas hubieran coincidido tan siquiera en algunos de los renglones de la licitación, pues, evidentemente hay provincias más rentables o atractivas que otras" (fs.3668). También "... llama la atención del tribunal el costo de los cilindros de 12 y 24 pie cúbico que...", de la declaración del Ingeniero **MARCOS AUGUSTO SALAZAR ROSADO**, empleado de una de las demandadas, quien señaló que, en los años que tiene "... de estar en la actividad de comercializar el oxígeno médico el mismo se ha obtenido desde un valor no inferior a los cuarenta balboas a un valor superior de 62 balboas... por lo que, "Como resultado de la licitación en mención y asumiendo el valor de compra de los envases y tomando en consideración los consumos en determinados renglones..." puede afirmarse que "... cualquier precio en el cilindro de 12 pie cúbico por debajo de tres balboas y en el de 24 pie cúbico por debajo de cuatro balboas, representa pérdida (sic) para cualquier empresa (fs.3668-3669).

Y además agrega el Juez primario, como aval de su posición que, de la declaración vertida por el Vice-Presidente de la sociedad **ACETI-OXÍGENO**, señor **PAUL ANTONIO GARCIA GAMBOTTI**, se

97/
advierte que, en palabras de éste, "... forzosamente las empresas tenían que tener pérdidas al ofertar en cilindros de 12 y 24 pie cúbico, puesto que lo que mandaba era el precio de los cilindros de 200 pie cúbicos...". (fs.3669)

Luego entonces, concluye dicho Tribunal de instancia que, la conducta de las empresas demandadas en la Licitación Pública N°310084 de 1998, en lo referente al ofrecimiento del precio de un centavo (0.01) en los tanques de 12 y 24 pie cúbico para algunos renglones y otros no - sin que ambas empresas coincidieran en esos renglones en donde se produce la oferta - se enmarca dentro de lo regulado en el numeral 6 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°31 de 1998, el cual dispone que "... hay un elemento indicativo de la existencia de una práctica monopolística absoluta entre dos agentes económicos competidores entre sí, cuando en una licitación pública exista un patrón de comportamiento que indique un posible intercambio de información relevante sobre los precios y condiciones ofertadas o sobre la modalidad u oportunidad de participación de los agentes económicos", (fs.3669)

Finaliza apuntando el Despacho Jurisdiccional que, en relación a los otros hechos planteados por la actora en el libelo de demanda, - relativos a la exigencia del cumplimiento de la norma COPANIT, con la intención de la demandadas de desplazar del mercado a alguna de sus competidoras - la exigencia de la norma COPANIT no guarda relación directa con la pretensión que exige la **CLICAC**, por tanto, no corresponde a ese Juzgado pronunciarse al respecto.

POSICIÓN DE LA DEMANDADA-RECURRENTE (ACETI-OXÍGENO, S.A.)

La firma forense **MENDOZA, VALLE Y CASTILLO**, apoderados judiciales de la empresa **ACETI-OXIGENO, S.A.**, al sustentar el recurso de alzada señaló que no existen pruebas directas que sustenten la pretensión de la **COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)** y que, la decisión de grado está

38/

basada en los indicios que emanan de las pruebas periciales relativas a probabilidades de que ciertas actuaciones acaezcan en el mundo fáctico. Agrega el citado estudio de abogados, que el Juzgador de instancia no aplicó correctamente las normas que guardan relación con la prueba indiciaria, ya que sólo valoró una prueba pericial sin vincularla con el resto del material probatorio; es decir, el servidor judicial emitió su juicio basado en un indicio inexistente, puesto que acepta como un hecho cierto una apreciación subjetiva que no genera certeza jurídica.

También enfatizan los apoderados legales de la recurrente que el A-Quo no observó que las pruebas periciales practicadas no arrojaron las mismas conclusiones, salvo la vertidas por los Peritos **ROSA BARRIA, MELCHOR HERRERA y GRACIELA MEDINA**, expresando que el funcionario de instancia brindó mayor atención al peritaje proferido por la **CLICAC**, que al de los Peritos designados por el Tribunal, por lo que se confirma que el Juzgador no basó su fallo en la ley, la lógica ni en las reglas de la experiencia.

Advierte la representación técnica mencionada que, otra irregularidad relevante de la sentencia es el desconocimiento de la regla de la <<carga de la prueba>>, ya que le correspondía a la **CLICAC** acreditar los extremos de su pretensión, siendo que el mismo Juzgador reconoce que no existe una prueba directa que demuestre los hechos del libelo de demanda.

Sostienen los recurrentes que, en vista de que el Juez de instancia no estuvo presente en la mayoría de las diligencias realizadas dentro del expediente, la resolución emanó de un funcionario que no practicó las pruebas y no se familiarizó con el proceso, por lo que la decisión no es el resultado de lo alegado y

que, entre los el
probatorios insertos al proceso, no existen pruebas que enerv
alegado por sus representados de que el comportamiento de
empresas demandadas obedeció a circunstancias de experiencia en
mercado, presencia en cada provincia, cantidad de cilind
disponibles, capacidad para cumplir o errores en el pliego.

Manifiestan los letrados, en relación al pliego de licitaci
y su incidencia en la conducta de los proponentes, que el acto
licitación pública que se realizó en 1998 constituyó un mecanisr
nuevo, dado que en años anteriores la CAJA DE SEGURO SOCIA
realizaba sus compras a través de <<solicitudes de precio>>
Puntualizan los recurrentes que el pliego de cargos de la
licitación en cuestión contenía graves errores; verbigracia, el
señalar consumo de los productos licitados para la provincia de
Coclé - donde no hay hospital de la CAJA DE SEGURO SOCIAL -, sin soslayar
que las empresas participantes entendieron que debían participar en
todos los renglones - situación ésta que se confirma claramente en el Acto
de Licitación Pública de 1999 - en donde el pliego de cargos fue
modificado a fin de consignar que no era necesario participar en
todos los renglones.

Además sostienen **MENDOZA, VALLE Y CASTILLO**, que la realidad
del caso del oxígeno y de las pruebas testimoniales habidas en el
expediente es que la licitación pública consistía en un sistema de
sumatoria que indicaba que se debía licitar en todos los renglones
(provincias) y en relación a todos los tamaños de oxígeno médico;
creaba un problema de "ilusión óptica"; establecía un requisito de
entrega inmediata y contemplaba que la empresa que ganara podía
ceder sus derechos a otro agente económico.

38

Expresan, a su vez, que la realidad del mercado indicaba que los cilindros de 200 pies cúbicos eran los más atractivos para los solicitantes debido a la cantidad a utilizar. Por ende, visto que los cilindros de 12 y 24 pies cúbicos representaban el 0.2% del total de producto a suministrar y que se utilizaría el sistema de sumatoria para la adjudicación, era razonable que los participantes ofrecieran valores reducidos en los cilindros de 12 y 24 pies cúbicos. De ahí que justifiquen que la empresa **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, quien tiene compromisos previamente adquiridos con otros hospitales y una reputación ganada en el mercado, actuara de manera conservadora.

Respecto al aspecto de la "ilusión óptica" puntualizan que, en la declaración del señor **MARCO ANTONIO SALAZAR** (fs.831) se afirma que la propia **CLICAC** había entendido tal situación, puesto que, mediante nota de 22 de agosto del 2000, rubricada por el Comisionado **GUSTAVO PAREDES**, se planteaba el asunto de que se deberían unir, en futuras licitaciones, las provincias de HERRERA y LOS SANTOS y, que tales convocatorias se plantearan en forma separada; es decir, por un lado, BOCAS DEL TORO, HERRERA-LOS SANTOS, VERAGUAS y COCLÉ y por el otro, PANAMÁ, CHIRIQUÍ y COLÓN.

En referencia al hecho de que la empresa que ganara la licitación podía ceder su derecho a otro agente económico, según el criterio de los recurrentes, éste sí es un factor que afecta la libre competencia, que no fue denunciado por la **CLICAC**, dando como resultado que fuera el mismo pliego de licitación el que promovió la distorsión del mercado.

Puntualiza la firma de abogados citada que los testigos que comparecieron a la audiencia de licitación corroboraron que las

38

participantes interpusieron los respectivos reclamos frente al pliego elaborado de forma antojadiza; resaltando que las empresas que no utilizaron esta técnica eran nuevas en el mercado de producción de oxígeno e importadoras, por lo que tenían mucho menos que perder.

En otro contexto, reafirma la censura que el presente proceso accede a una denuncia presentada por la **CAJA DE SEGURO SOCIAL** en contra de las empresas **ACETI-OXÍGENO, S.A., CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** Igualmente aseveran que, de todas las investigaciones realizadas por la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, sólo enderezó demanda en contra de las empresas **ACETI-OXIGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.,** ordenando la Resolución N°PC-004-01 de la **CLICAC** interponer esta demanda con el objetivo medular de eliminar los obstáculos para el desarrollo de la libre competencia en el mercado del oxígeno, aunque en realidad sólo favorecía a la empresa **OXIGAS, S.A.,** cuyo producto no cumple con el nivel de pureza exigido por las normas de seguridad y de carácter sanitario, indispensables para garantizar la eficiencia de esa actividad, concluyéndose, que la actuación de la **CLICAC** no se sustenta en un análisis científico de la realidad de tal actividad económica. En ese sentido, precisan los apelantes que las citas del Libro de Actas de **ACETI-OXÍGENO, S.A.,** contenidas en la Resolución N°PC-004-001 de la **CLICAC** están fuera de contexto y han sido acomodadas para probar algunos puntos que deseaba acreditar la **CLICAC.**

Exteriorizan en la sustentación del recurso que nos ocupa que la **CLICAC** no se ha preocupado por el asunto de que se está

381

vendiendo oxígeno que no cumple con las normas mínimas de seguridad y pureza, soslayando así su principal función, la cual es preservar el interés superior del consumidor, tal y como lo consagra el artículo 1 de la Ley N°29 de 1996. Asimismo externan que, en ejercicio de esta función, la **CLICAC** debe velar para que se cumplan las normas de COPANIT (las cuales son de carácter obligatorio para productos que se venden al Estado y sus entidades autónomas), resaltando el aspecto de que, a pesar que la empresa **OXIGAS, S.A.**, reconoció que incumplía tales normas, la **CLICAC** no ha actuado en su contra.

Indican los postulantes que en las Diligencias Exhibitorias practicadas por la **CLICAC**, debido a la denuncia presentada por la CAJA DE SEGURO SOCIAL en contra de **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, **CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, la citada entidad estatal, al contestarle a la CAJA DE SEGURO SOCIAL, se limitó a elaborar ciertas recomendaciones sobre el proceso de licitación, sin efectuar investigación alguna respecto a la empresa **CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A.**

Con referencia de las pruebas periciales practicadas, objeta la recurrente la rigurosidad de las experticias elaboradas por los peritos de la **CLICAC**, señalando que las mismas dan una clara muestra de la actitud poco seria y altamente subjetiva de la misma. Reiteran que el análisis de la **CLICAC** parte erróneamente del concepto de que las empresas demandadas se encontraban en las mismas condiciones, situación esta que no es cierta, difiriendo cada una en muchos renglones, tales como: la capacidad instalada, capacidad de distribución, presencia en las diferentes provincias, situaciones estas que dejaron de ser consideradas por los peritos.

Valga decir que censuran el dictamen del perito **GARCÍA**, pues

consideran que el análisis efectuado por el mismo es incongruente ya que, en condiciones similares, no arribó a las mismas conclusiones, aunado a que él mismo afirma que no visitó las empresas para realizar su peritaje, hecho que resulta sospechoso. En lo que corresponde a los dictámenes de los Peritos del Tribunal, anotan que no existe elemento alguno que, en forma concluyente, revele que las empresas demandadas se hayan puesto de acuerdo en la licitación N°310084, ni acordaron entre ellas distribuir tanques de oxígeno en la República de Panamá. Manifiesta el despacho de abogados que los Peritos **HERRERA** y **VALDES** coinciden en determinar que, para analizar la licitación de 1998, acorde con la <<ley de probabilidades>> sería necesario tomar en consideración una serie de rubros que la experticia pareciese haber olvidado; es decir, las <<probabilidades condicionales>>.

Para culminar plantean que la CAJA DE SEGURO SOCIAL y la **CLICAC** han cambiado el sentido de lo que debe ser una legítima competencia. Consideran que la **CLICAC** recomendó acciones que contravienen la ley en lo concerniente a las normas de seguridad que deben defender, puesto que sugieren que, si la empresa que gana una licitación no puede cumplir en 30 días, se debe permitir que otras empresas brinden el servicio, utilizando los tanques existentes, o sea, los de **ACETI-OXÍGENO, S.A.** Concluyen que la **CLICAC** no actuó correctamente al demandar a **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, y que el Juzgador de grado no examinó todos los elementos insertos en el cuaderno.

CRITERIO DE LA DEMANDANTE-OPOSITORA

La Licenciada **DAYRA VIAL FONSECA**, actuando en calidad de apoderada sustituta de la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, sustentó la oposición al recurso señalando

38

que, existe una absoluta carencia de objetividad al analizar las piezas procesales que forman este expediente.

Sostiene la letrada que este proceso se refiere a una <<práctica monopolística absoluta>>, cuya naturaleza no supone el aporte de una prueba material que evidencie la existencia de un acuerdo, por cuanto resulta relevante la prueba indiciaria regulada en el Código Judicial. En este sentido, también afirma que el funcionario de grado si examinó los requisitos normativos regulados en la Ley N°29 y en el Decreto Ejecutivo N°31 para declarar la existencia de una <<práctica monopolística absoluta>> y, de conformidad al caudal probatorio registrado en el proceso, estimó que existían suficientes indicios para acceder a lo solicitado por la **CLICAC**. Y agrega que, el Juez A Quo no sólo analizó los peritajes aportados por la **CLICAC**, sino que estudió y valoró todas las piezas procesales insertas en el cuaderno, realizando una relación sucinta de cada una de las pruebas a fin de emitir su criterio.

Expone la Licenciada **VIAL FONSECA**, que la prueba indiciaria consiste en un hecho debidamente probado que sugiere la existencia de otro hecho y que, de las pruebas aportadas se corrobora, la existencia de suficientes indicios que señalan la subsistencia de otro hecho, como lo es la coordinación de posturas en la licitación N°310084-98 por parte de **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**

Señala la opositora, que la demandada intentó desvirtuar la ocurrencia de tal <<coordinación>>; sin embargo apunta, que todas las pruebas han sido examinadas y ninguna pudo desmeritarla. También expresa la abogada **VIAL** que los resultados de las ofertas

presentadas por las licitantes concluyen que sólo dos de ellas - las demandadas -, pese a las diferencias entre todas, al formular sus posturas, no se comportaron como las demás, evidenciándose un patrón de conducta común, no explicable con los argumentos vertidos por **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**

Sostiene la referida apoderada judicial que el expediente contiene las Actas de la Junta Directiva de la empresa **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, mismas que demuestran que existió contacto entre el señor **JOHN CARTER** - Representante Legal y Presidente de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** - y miembros de la Junta Directiva de **ACETI-OXÍGENO, S.A.**

Respecto al <<pliego de cargo>> anota que, dada la circunstancia de que éste contuviese errores, tal hecho no es excusa para que las demandadas se comportaran de manera anti-competitiva, ni las desvinculan de su participación en un acuerdo de posturas. Por otro lado, afirma que la justificación expuesta por la contraparte de que, en varias provincias, algunos tamaños de cilindros no tenían mayor demanda o no existía un consumo real determinable y en otras, la **CAJA DE SEGURO SOCIAL** no cuenta con hospitales, es incongruente con la posición adoptada por las demandadas, de no "... haber coincidido en ofrecer la "técnica de un centavo" para las mismas provincias ... parece sorprendente que las dos empresas con mayor trayectoria a nivel nacional, parecían estar viviendo una realidad totalmente opuesta una de la otra, pues la provincia que una quería ganar el renglón, por considerar que si existía buena demanda, la otra no la quería por considerar exactamente lo contrario" (fs.3710)

En esta línea de pensamiento expone que si las empresas se declaran concededoras del mercado, no se comprende cómo al momento de ofertar precios, una quiere ganar cuatro (4) provincias y la

3812

otra quiere ganarse las cuatro (4) provincias restantes; concluyendo entonces, que la falta de competencia de las mismas en algunas provincias se debió a que tenían que presentar ofertas en todos los renglones (provincias), hallándose en la necesidad de ofertar precios altos en las provincias que no querían ganar y precios bajos en donde sí querían tener posibilidad de triunfo.

En cuanto al origen del proceso, argumenta la opositora que esta investigación no se inició por denuncia de la CAJA DE SEGURO SOCIAL sino por denuncia presentada por la empresa **OXIGAS, S.A.**, que, como agente económico competidor, tenía el derecho de presentar una denuncia por la comisión de actos que, a su parecer, resultaban lesivos a la libre competencia. En este sentido, afirma que la **CLICAC** realizó una investigación de la situación, percatándose que existía un patrón de comportamiento común entre las demandadas, sin encontrar justificación para que las demandadas hubiesen sido tan exactas en el reparto de las provincias.

Enfatiza la letrada que la **CLICAC** ha cumplido con el deber legal de investigar y demandar aquellos actos que restringen el desarrollo de la libre oferta y demanda. Agrega además que, si la empresa **OXIGAS, S.A.**, no cumple los estándares de calidad al ofrecer su producto, corresponde a la CAJA DE SEGURO SOCIAL el resolver el asunto, pues es la entidad que goza de la potestad de descalificarla por no ceñirse al «pliego de cargos» o por no ajustarse a las normas de salud, resaltando que este tema es objeto de otro tipo de proceso, así como tampoco se encuentra relacionado con la Protección del Consumidor.

En referencia a las diligencias exhibitorias practicadas por la **CLICAC** señala que, de la revisión de las Actas se pudo constatar

que el día 14 de marzo de 1997, se efectuó una reunión con la Junta Directiva de la empresa **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, en donde existieron contactos e intención de compartir información de mercado entre el señor **JOHN CARTER**, Presidente y Representante Legal de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** y Directivos de **ACETI-OXÍGENO, S.A.** Añade que, de las distintas Actas se puede detectar que la relación habida entre **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, no era casual, sino que más bien tenía por objeto observar la competencia en conjunto y tomar acciones encaminadas a desplazar a los otros competidores del mercado. Concluye, pues, la Licenciada **VIAL** que las pruebas indiciarias tienden a señalar que los resultados fueron previamente concertados y, por tanto, transgresores de la Ley.

Respecto al debatido aspecto de que las empresas estaban obligadas a licitar en todos los renglones, apunta la opositora que la respuesta que ofreció la CAJA DE SEGURO SOCIAL, zanja la duda al indicar lo siguiente: "El pliego de cargo de la Licitación Pública N°310084 no exigió a los proponentes que participaran en todos los renglones". (fs.890; 3714) También, expresa que es ilógico que una licitación para el suministro de oxígeno médico por el lapso de un (1) año oblique al seleccionado a la entrega inmediata de todo el producto de un año; sin embargo, advierten que la demandada varió la tesis inicial, que trató de probar a lo largo del proceso, puesto que ahora acepta la existencia de entregas parciales.

Manifiesta la letrada que las aseveraciones en torno al precio fijado en relación a las entregas parciales que hacen las demandadas, "... carecen de fundamento y pruebas, máxime cuando en ningún momento fue mencionado por la demandada..." (fs.3720), ya que lo que si se revela con claridad es que **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE**

GASES INDUSTRIALES, S.A., coordinaron un patrón de comportamiento uniforme en la convocatoria pública N°310084, estableciendo el precio de B/.0.01 para los tanques de 12 y 24 pies cúbicos. De allí que reitera que las demandadas no tienen cómo justificar su postura en el acto público en ciernes, tomando en consideración que ellas sostuvieron que la cifra se ubicaba en \$138.00 por cilindro, lo que les daba márgenes para fijar precios por encima o debajo de dicha cifra.

Atinente al peritaje estadístico, precisa la representación judicial de la **CLICAC** que, contrario a lo que expresa el recurrente, todos los peritos arribaron a la misma conclusión sobre la pregunta elaborada por el Tribunal y que versaba sobre el cálculo de las <<probabilidades>> de las conductas reputadas como <<monopolísticas absolutas>> como productos de la suerte o el azar: "... la probabilidad ínfima de ocurrencia de menos de uno por ciento" (fs.3722; 3723-3724). En este sentido indica, que el examen de los tres peritajes realizados (Rosa Barría, Perito del Tribunal; Oscar García Cardoze y Eduardo Carrasquilla, Peritos de la CLICAC; Graciela Valdes S. y Melchor Herrera E., Peritos de ACETI-OXÍGENO, S.A.) acerca del cálculo de <<probabilidades>> de la no coincidencia entre **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, son contestes al sostener que las probabilidades de que el fenómeno ocurriera eran muy remotas, por ende, reitera la **CLICAC** su criterio de que las pruebas revelan que existió un patrón de comportamiento en los precios ofertados por estas empresas.

Finalmente, solicita la opositora a esta Superioridad que censure la conducta desplegada por la representación judicial de **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, por considerar que los escritos presentados por la defensa legal de la misma están plagados de ofensas,

381/

irrespeto, injurias, agravios e insultos hacia los funcionarios de tal entidad, desprestigiando a quienes cumplen con un deber legal.

**POSICIÓN DE LA RECURRENTE
DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**

El Licenciado **SIXTO ABREGO CAMAÑO**, apoderado especial de la empresa **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, al sustentar la alzada esgrimió, como cuestión previa que, en la sentencia al "... ejecutar sus valoraciones y análisis, del contenido del expediente, inicia por citar el marco legal para justificar la estructura, objetivo y etapas cumplidas. No obstante, curiosamente va mucho más allá e incorpora las normas que justifican la condena. Esto constituye una especie de pre-juicio o valoración previa, cuando todavía no ha expresado motivos ni razonamientos..." (fs.3733) e indicó que se aplicó la prueba indiciaria a falta de otros elementos probatorios concretos, contradiciendo todo el esfuerzo probatorio desplegado por la representación judicial de la sociedad en cuestión.

En su extenso escrito de apelación, dedicó el citado jurista un gran porcentaje de éste al estudio de la prueba indiciaria, sus requisitos - tomando como base la opinión del Doctor **JORGE FABREGA** -, así como los criterios que deben ponderarse para la apreciación de los peritajes; es decir, su valor legal dentro de un proceso.

En cuanto a la prueba pericial, afirma el recurrente que el Juez *A-Quo* se limitó a analizar alguno de los informes periciales, soslayando la evaluación de otras pruebas y concluyendo que los demandados no presentaron elementos de convicción idóneos para acreditar los hechos invocados en su defensa.

En este sentido, el letrado hizo un examen de la prueba pericial (estadística) bajo criterios de forma y de fondo. Asevera,

3811 /

entonces, que esta prueba no es vinculante para el Juzgador, por razón de que no está obligado a aceptar dicho dictamen. Agrega además, que la materia estudiada en el peritaje es extraña al apoyo técnico del Juzgador, por cuanto "... no se estudió un hecho real para establecer sus cualidades. Sino que, con un peritaje se pretendió utilizar para que se aplicara una teoría que no tiene concreción (suerte o azar)..." alegando los peritos "... de manera subjetiva, su elucubraciones... sobre las posibles conversaciones o concentraciones, así como el tenor de las posturas en una de las licitaciones que ocupan este proceso." (fs.3734)

Expresa la censura que la resolución impugnada "... manejó a conveniencia..." (fs.3734) la prueba pericial estadística, en especial, lo atinente a las probabilidades, resultados que no son uniformes, sino diferentes entre sí, puesto que los peritos se contradicen ya que, mientras los del Tribunal, **ROSA BARRIA** y **ODALYS CEDEÑO TUÑÓN** no expresan en su dictamen que hubo acuerdo entre las empresas **AOSA** y **DIGISA**, los peritos **OSCAR GARCÍA** y **RAÚL DE GRACÍA** consignan lo contrario, manifestando **MELCHOR HERRERA** y **GRACIELA MEDINA** que "... no es un indicio contundente o determinante la no coincidencia". (fs.3736)

En lo que atañe a la calificación de los peritos **OSCAR GARCÍA CARDOZE**, **EDUARDO CARRASQUILLA DUTARY** y **RAÚL DE GRACIA HARRISON**, observa el recurrente que, en su oportunidad procesal, los objetaron por parciales, ya que resultaban ser funcionarios de la **CLICAC**. También indica la censura que, habiendo ellos participado en las diligencias administrativas previas y habiendo confeccionando los informes previos a los Comisionados de la **CLICAC** - recomendando la presentación de la demanda - estiman que sus actuaciones no son objetivas y tienen un interés en el resultado. Toda esta situación revela una clara parcialidad, haciendo que estas pruebas sean sospechosas, de conformidad con el artículo 979 en

381/
concordancia con el artículo 109 del Código Judicial.

Puntualiza el abogado **ABREGO CAMAÑO** que los hechos indicadores de la prueba indiciaria no se cumplieron de conformidad con lo expresado en la ley, y que el Juez no calificó ni definió la fuerza del indicio invocado. En tal sentido, agrega el jurista que su representada participó en una licitación con precios fijados en los renglones (provincias) que deseaba ganar - según su política comercial - conociendo, anticipadamente, que otros no los obtendría, pero licitando en ellos con cualquier precio, por razón de que el Pliego de Cargos los forzaba a ofertar en todos los renglones. Cuestiona, además, si verdaderamente la actora acreditó en el expediente que su representada concertó con **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, sobre las posturas y la repartición de provincias o renglones de la licitación celebrada.

Indica entonces que, yaciendo toda una variedad de pruebas en el cuaderno, el Juez de instancia sobrevaloró los peritajes - especialmente los efectuados por la **CLICAC**, caracterizados por su parcialidad - restándole mérito a lo expresado por los peritos de **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, reputados por el recurrente como personas imparciales.

Resalta el letrado que, del informe rendido por la Perito del Tribunal, **ROSA BARRIA**, la sentencia tan sólo transcribe el último párrafo, sin estimar el Juzgador de grado la primera parte de dicho párrafo, que siembra la inquietud de que existe una alternativa que justifica la actitud de los proponentes al ofertar a B/.0.01, exponiendo asimismo, que la propuesta no necesariamente puede haberse debido a una componenda o concertación.

Observa finalmente, que "... el informe pericial de Oscar garcia

(sic) y Raúl De Gracia, que la Sentencia no ha mencionado para bien ni para mal, es decir otra prueba mas que no existe en el expediente, de manera sintética ellos aceptan el que (sic) precio en esa licitación estaba influenciado por:

- La estructura de costo de producción.
- Los demás costos indirectos.
- Los márgenes de ganancia: Influenciados por: Los compromisos financieros y por las expectativas de utilidad." (fs.3746)

CRITERIO DE LA DEMANDANTE-OPOSITORA

La Licenciada **DAYRA VIAL FONSECA**, actuando como apoderada sustituta de la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, se opuso al recurso incoado por el Licenciado **SIXTO ABREGO CAMAÑO**, señalando que, la supuesta existencia de un "pre-juicio", alegado por el recurrente, se encuentra distanciada de la realidad, puesto que resulta racional que el Juzgador, antes de entrar a valorar el caudal probatorio, acuda a verificar los requisitos normativos que rigen a las prácticas monopolísticas absolutas, a fin de determinar si los hechos acreditados en el proceso se ajustan a los presupuestos que establece la norma.

En lo referente, a que el Juez A Quo únicamente fundamentó su fallo en las pruebas periciales, analizadas éstas parcialmente - apuntadas por el recurrente como observaciones de forma y de fondo -, anota que tal juicio no es cierto habida consideración que las demandadas intentaron justificar - a través de medio de prueba - su patrón de comportamiento en el Acto de Licitación sin obtener un resultado positivo, en este contexto. En cuanto a las observaciones de forma, comparte las opiniones vertidas por el recurrente de que la prueba pericial no es vinculante para el Juzgador, dado que es una opinión científica de los hechos, que debe ser valorada por el Juez para acreditar si han sido probados o no los hechos de la demanda.

381

Por lo que corresponde al peritaje estadístico, afirma la opositora que resulta falso que esta prueba sea extraña al auxilio o apoyo técnico del Juzgador. Acota en esta dirección, que la Estadística es una ciencia que data de la antigüedad y es auxiliar de otras ciencias; señalando que la llamada <<teoría de las probabilidades>> se encuentra entre las materias que la comprenden.

Destaca, en este orden de ideas, que la prueba pericial tenía por objeto medir la posibilidad de que dos agentes económicos, sin mediar palabra o sin acuerdo previo, pudiesen coincidir en el subsidio de 0.01 centavos, a lo largo de ocho renglones o provincias en una licitación. Acota que, según los peritos, la probabilidad de que se diera tal fenómeno era de 0.39%, por lo que surgía la posibilidad de que los participantes, **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** y **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, hubiesen convergido, siguiendo el esquema trazada, por lo menos, en una (1) provincia.

Sostiene la Licenciada **VIAL FONSECA**, frente a las observaciones de fondo que esgrimió la contraparte, que el estudio no está dirigido a los otros participantes pues el cuestionamiento estaba encaminado a examinar la probabilidad de que **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, hubiesen coincidido con el esquema de subsidio de B/.0.01, ya que sólo estas dos empresas utilizaron este patrón de subsidio en la licitación, para ofertar en los tanques de 12 y 24 libras.

Igualmente plantea la abogada **VIAL FONSECA** que resulta falsa la aseveración de que los peritajes fueron presentados para determinar la existencia de un acuerdo entre las empresas demandadas. Pero añade que, el resultado de dicha experticia lo que

si evidenció fue que era remoto que el comportamiento realizado por las demandadas fuese producto de la casualidad o el azar. Según indica la letrada, en términos de la Ley, este patrón común es concebido como un indicativo de una <<práctica monopolística absoluta>>; por lo que las empresas debieron explicar la razón de su comportamiento, posición esta que intentaron justificar, sin alcanzar resultados positivos.

También hace referencia la representación judicial de la **CLICAC** a lo vertido por el recurrente de que existen distintas opiniones entre los peritos sobre los resultados de la licitación. Reafirma la postulante que, como bien lo expresara la contraparte, los criterios de los peritos no son vinculantes para el Juez, sino que los valorará tomando como base los resultados objetivos de éstas y a las otras pruebas aportadas, a fin de detectar la existencia o no de la violación a la Ley.

Sobre la imparcialidad de los peritos utilizados por la **CLICAC**, expone que el tema ha sido ya debatido por distintas instancias de la Administración de Justicia señalando, a modo de ilustración, la resolución de 26 de enero de 1996 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y la Sentencia N°64 de 30 de septiembre de 2003, dictada dentro del Proceso que la **CLICAC** le siguió a la empresa **GOLD MILLS DE PANAMÁ, S.A.**, en donde claramente se establece que, a falta de una lista de peritos confeccionada por la Corte Suprema de Justicia, "... se hace necesario disponer de funcionarios públicos especialistas en las áreas necesarias para la práctica de peritajes cuando el Estado sea parte o tenga interés como lo es en este caso... por lo que las partes están facultadas para designarlos libremente" (fs.3756-3757)

En cuanto a lo esgrimido por la demandada, **DISTRIBUIDORA DE**

GASES INDUSTRIALES, S.A., de querer conservar los lugares en donde se encontraban supliendo el producto, señala la representación judicial de la **CLICAC** que tal aseveración no es tan real, debido a que quedó demostrado con la disparidad de declaraciones de los señores **JOHN CORRO VILLARREAL**, Gerente de Operaciones de **GASES INDUSTRIALES S.A.**, y del señor **MARCOS SALAZAR ROSADO**, Administrador de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** Dentro de este sentido afirma el señor **CORRO VILLARREAL** que "... se limitaron a conservar los lugares que ya tenían y en los que tenían facilidades de distribución y almacenamiento..." (fs.3759). No obstante lo anterior, según lo afirmado por la opositora, "... hasta la fecha **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES S.A.**, no había abastecido por sí misma ninguna provincia, ya que ellos se manejan a través de distribuidores..." (fs.3761) y había provincias en las cuales los distribuidores habían perdido los puntos de venta y ya no estaban supliendo. Por su parte, la declaración del señor **SALAZAR ROSADO**, se contradice en cuanto a la supuesta estrategia de querer conservar aquellos lugares donde estaban supliendo ya que, "... para los efectos de la provincia de Colón en donde se ofrecieron precios bajos y con el esquema de subsidio, ya no estaba siendo suplida por los **HERMANOS NG**, distribuidores de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**"; sin soslayar que "... no ofrecieron precios bajos en ... Chiriquí, lugar donde tenían facilidades logísticas ya que tenían al distribuidor **ALMACENES GENEVA (DAVID, S.A.)**". (fs.3761-3762)

Opina la opositora que ciertos testimonios aportados por la contraparte, específicamente el de miembros de las empresas demandadas, señores **JOHN CORRO VILLARREAL**, **PAUL GARCIA GAMBOTTI**, Vicepresidente de **ACETI-OXÍGENO** y **MARCOS SALAZAR ROSADO** refuerzan la idea de que la no rivalidad en algunas provincias, se debía al hecho de que tenían que ofertar en todos los renglones y que presentaron precios altos en los renglones que no querían ganar y

bajos en los que queria triunfar. No obstante lo anterior y diametralmente opuesto están los señalamientos vertidos por los señores **MANUEL ALMEIDA**, Economista de la **CLICAC** y del señor **MANUEL RODRÍGUEZ TALBOT**, Gerente de **OXIGAS**, en donde se establece que no es cierto que la **CAJA DEL SEGURO SOCIAL** en la licitación en ciernes, obligara a participar a los postulantes en todos los renglones.

Bajo ese criterio, señala la Licenciada **VIAL** que milita en el expediente, documento proferido por la **CAJA DE SEGURO SOCIAL** en donde se zanja la duda respecto a este asunto, al indicar que "El Pliego de Cargos de la Licitación Pública N°310084, no exigió a los proponentes que participaran en todos los renglones" (fs.890; 3763), quedando así desvirtuado el argumento de la recurrente de que existia obligatoriedad en la participación en cada renglón, cuando el ofertar en cada provincia fue una decisión de cada uno de los participantes.

En tanto atañe a lo expresado por la recurrente expresa en su sustentación de que en "... el expediente existe una variedad de pruebas que justifican las particulares características de las propuestas presentadas..." (fs.3764), indica la representación judicial de la **CLICAC**, que no lista el Licenciado **ABREGO CAMAÑO** las pruebas a las que se refiere, ni cuáles las justificaciones que pretende acreditar, dando como resultado la falta de elementos de convicción en ese sentido.

Asevera la jurista, que todos los hechos indicadores de la propuesta de la licitación N°310084-98, de los testimonios, la prueba de informe de la **CAJA DE SEGURO SOCIAL** y los peritajes, ponen de manifiesto que el patrón de comportamiento en el reparto

resto del pliego estaba plagado de yerros. Además, la segunda justificación que pretenden introducir las demandadas como excusa a su comportamiento, pone de manifiesto que tales empresas, que usualmente suplían de oxígeno a los Hospitales de la **CAJA DEL SEGURO SOCIAL** por compra directa, podrían perder ese mercado, por todo un año; lo que, a juicio de la jurista de la **CLICAC**, crea un incentivo para que los competidores tradicionales optasen por ponerse de acuerdo para evitar que otros agentes económicos ajenos a ellos se apoderaran de un sector conocido y suplido por éstos.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA

Después de haber revisado la pretensión de la actora, la defensa de las demandadas, las pruebas aportadas al expediente, así como la decisión del Juez de grado, procede este Tribunal Colegiado a decidir sobre la juridicidad o no de la resolución impugnada.

Advierte la Sala que el aspecto central del debate en esta segunda instancia, se contrae a las críticas vertidas por la representación judicial de las sociedades demandadas-recurrentes por considerar que la parte actora no cumplió su deber procesal de acreditar los extremos de su pretensión; sin soslayar que, en opinión de las recurrentes, el Juzgador de instancia valoró en exceso algunas de las pruebas periciales aportadas al proceso; resaltando la inexistencia de pruebas directas en el expediente que sustenten la pretensión de la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**. Insisten en el criterio de que la decisión de grado se basó en los indicios emanados de los Informes periciales económicos relativos al cálculo de las probabilidades, desconociendo el análisis de las llamadas <<probabilidades condicionales>>, teoría esta que justifica la actitud de los proponentes al ofertar el precio de B/.0.01; lo que demuestra que

la propuesta censurada no se debió necesariamente a una concentración de posturas - <<prácticas monopolísticas absolutas>> - incumpliendo así el Juzgador con las normas legales que regulan la prueba indiciaria.

Otro de los aspectos que debe abordar la decisión de fondo en esta segunda instancia, estriba en determinar si, efectivamente, la conducta de ofertar el precio de B/.0.01 en los tanques de 12 y 24 pies cúbicos dentro de la licitación N°310084 de 1998 de la Caja de Seguro Social, constituye o no una <<práctica monopolística absoluta>>, bajo los términos de la Ley N°29 de 1° de febrero de 1996.

Inicia este Tribunal el análisis del caso en mención puntualizando que, como bien lo señala la sentencia impugnada, la normativa aplicable a este proceso, se encuentra reservada en la Ley N°29 de 1° de febrero de 1996, conocida como "Ley de la Defensa de la Competencia y Asuntos del Consumidor"; el Decreto Ejecutivo N°31 de 3 de septiembre de 1998, "Por el cual se reglamente el Título I (del Monopolio) y otras disposiciones de la Ley N°29 de 1° de febrero de 1996"; el Código Judicial como norma supletoria (art.234/129) y la Constitución de la República de Panamá. Puntualmente, serán los artículos 5 y 11 de la Ley N°29 donde aparecerá consignada la prohibición legal para los agentes económicos de vulnerar la libre competencia y concurrencia en la producción, procedimiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios; así como enumerar los supuestos que describen como <<prácticas monopolísticas absolutas>>.

Artículo 5. 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, procedimiento, distribución, suministro o

comercialización de bienes o servicios.

Artículo 11. Prácticas Monopolísticas Absolutas. Son prácticas monopolísticas absolutas, cualesquiera combinaciones, arreglos, convenios o contratos, entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, cuyos objetos o efectos sean cualquiera de los siguientes:

1. Fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
2. Acordar la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar, sino solamente una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitado de servicios;
3. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables, o
4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas".

Considera prudente esta Colegiatura referirse, como aspecto preliminar del pronunciamiento judicial, a la existencia y legitimidad de las partes para intervenir en este proceso. Por un lado, tenemos que la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, se encuentra legitimada para ejercer la pretensión de conformidad con lo regulado en los artículos 68, 101, 142 de la referida Ley N°29; así como está demostrado en el cuaderno que las sociedades demandadas, **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, ostentan la condición de <<proveedoras>> y, por ende, pueden reputarse como <<agentes económicos>> competidores dentro del mercado de oxígeno médico, quedando de esta forma debidamente acreditada la legitimación de las partes en el proceso. Dicho aserto encuentra soporte en el propio texto de la Licitación N°310084 de 22 de mayo de 1998, de la CAJA DE SEGURO SOCIAL, en donde se evidencia que ambas empresas compiten por el mercado de provisión de oxígeno médico (fs.1161-1372); del testimonio de los señores **JOHN ALEXANDER CORRO VILLARREAL**, Gerente de Operaciones de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** (fs.279) y de **MARCOS AUGUSTO SALAZAR**, colaborador de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** (fs. 806); así como de los Peritajes que militan a fojas 592-596, 690-705 y 755-765 del expediente.

Anota la Sala, que la presente controversia tiene su génesis en la decisión adoptada por la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, mediante Resolución N°PC-004-01 de 17 de febrero de 2001 (fs.16-40). A juicio de la resolución citada, luego de haber realizado una investigación sobre denuncia presentada por la sociedad **OXIGAS S.A.**, ante dicho ente gubernamental, las empresas investigadas, **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, en su condición de agentes económicos competidores dentro del mercado de oxígeno médico, concertaron o coordinaron posturas en la Licitación Pública N°310084 de la Caja de Seguro Social de 22 de mayo de 1998 de oxígeno médico, en sus diferentes renglones, en abierta violación del artículo 10 y numeral 4 del artículo 11 de la Ley N°29 de 1996 y del numeral 6 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°31 de 3 de septiembre de 1998 que define y regula la conducta indicada como uno de los supuestos que constituyen una <<práctica monopolística absoluta>>.

Ahora bien: desea la Sala puntualizar que, el hecho de que la estructura del fallo impugnado principie con la citación de las normas legales que invocó la demandante como infringidas o aplicables al proceso por <<prácticas monopolísticas absolutas>> respecto a las demandadas, no constituye ni prejuicio ni decisión, *per se*, sino que es producto de un silogismo que se encamina desde la premisa más general (las normas aplicables) hasta arribar a lo concreto (las pruebas que obran en el expediente), para entonces confrontar los hechos probados con la disposición legal aplicable, profiriéndose una decisión de conformidad con lo alegado, probado y prescrito por la ley vigente que regula el caso.

También resulta oportuno puntualizar, difiriendo de la postura

del recurrente que, el hecho de que un Juez emita una resolución de fondo sin haber presidido la práctica de las pruebas debidamente admitidas dentro de ese proceso, no es razón suficiente para reputar que el fallo proferido no se ajusta a los dictámenes de las normas legales que regulan el caso específico y que es incongruente; es decir, no resuelve según lo alegado y probado en el expediente.

Otro tópico de revisión en la presente encuesta está relacionado con la valoración del dictamen de los peritos designados por la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, señores **OSCAR GARCÍA CARDOZE, EDUARDO CARRASQUILLA DUTARY y RAÚL DE GRACIA HARRISON**, opinión técnica esta que, en concepto de la censura debieron ser desestimados por falta de parcialidad por ser tales peritos, funcionarios de esta Institución. Bajo este contexto, se aparta esta Judicatura de la postura censurada, ya que, si bien es cierto que el artículo 971 del Código Judicial en su inciso final establece una prohibición general para los empleados públicos de no actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés, una norma posterior de este mismo cuerpo legal; esto es, el artículo 1055 del Código en mención, plantea la posibilidad de que los servidores públicos puedan intervenir en los procesos en calidad de peritos, siempre y cuando los mismos tengan que hacerlo por razón de su empleo.

Artículo 1055: A las personas que intervengan en los procesos como peritos, **sin ser servidores públicos obligados a hacerlo por razón de su empleo**, se les pagaran los honorarios que equitativamente fije el juez según la naturaleza del negocio, la importancia del dictamen, las dificultades, el tiempo de duración del trabajo y las demás circunstancias que sea necesario considerar para la fijación de los honorarios." (Resalta el Tribunal)

Se encuentra totalmente acreditado y no constituye materia de

2°/

debate que los señores OSCAR GARCÍA CARDOZE, EDUARDO CARRASQUILLA DUTARY y RAÚL DE GRACÍA HARRISON, son servidores públicos de la demandante, COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), por lo que los dictámenes ofrecidos por dichos peritos designados por la parte actora resultan plenamente válidos de acuerdo con lo establecido en la Ley, por tanto podían ser perfectamente valorados por el Juez A Quo.

En ese orden de ideas, tanto la Honorable Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en resolución fechada 26 de enero de 1996 como la Sentencia N°64 de 30 de septiembre de 2003 proferida por estos Tribunales especializados dentro del Proceso que la CLICAC le siguió a la empresa GOLD MILLS DE PANAMÁ, S.A., han sostenido que, en ausencia de un listado de peritos confeccionado por la Corte Suprema de Justicia, "... se hace necesario disponer de funcionarios públicos especialistas en las áreas necesarias para la práctica de peritajes cuando el Estado sea parte o tenga interés como lo es en este caso... por lo que las partes están facultadas para designarlos libremente". (fs.3756-3757) De allí que la observación de los recurrentes en cuanto a la falta de parcialidad y mérito de las experticias de los peritos en cuestión, deviene sin asidero legal.

En tanto las objeciones endilgadas por las demandadas en torno a la indebida valoración del material probatorio inserto en el expediente, por infracción de la <<regla de la sana crítica>> y, en la que afirman los recurrentes que el Juzgador de instancia hizo uso, a su mero arbitrio, de los dictámenes periciales que estimó útiles ponderar, señala esta Judicatura que el principio de la <<sana crítica>>, confiere al Juzgador la libertad de apreciar y valorar la prueba, formando su convicción, mediante la apreciación objetiva de los hechos debatidos, estableciendo un juicio razonado

y fundamentado, basado en la experiencia, del caudal probatorio aportado por las partes al proceso (cfr. artículos 475 y 780 y siguientes del Código Judicial).

Así pues, tenemos que la <<sana crítica>> o de <<apreciación razonada>> consiste en un sistema de valoración de la prueba, en donde el Juez valora la prueba en base a las reglas de la razón, la lógica y la experiencia que, a juicio del Juzgador, le son aplicables al caso controvertido. No obstante lo anterior, la apreciación de la prueba no puede ni debe entenderse como la libertad del Juez de interpretar las pruebas arbitrariamente, puesto que dicha conducta afectaría el <<derecho de defensa>> y el <<principio del contradictorio>>. Ello conlleva entonces que la regla de la <<sana crítica>> deba satisfacer una serie de presupuestos tales como que la prueba obre válidamente en el proceso; que sea admitida y practicada con apego a la Ley; que el Juzgador valore la prueba racionalmente, de acuerdo a las normas de la lógica y la experiencia; apreciación esta que debe ser objetiva e individual en cada prueba, debiendo luego, examinar en conjunto todos los elementos de convicción insertos en el expediente, para así motivar la decisión adoptada.

Como colofón de este segmento en estudio; es decir, de la <<regla de la sana crítica>>, la doctrina encarnada en el maestro **JORGE FABREGA PONCE**, se refiere a este principio de la siguiente forma:

"La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento". (ESTUDIOS PROCESALES, Tomo II, Editora Jurídico Panameña, Panamá, 1990, pág. 933)

Igualmente considera conveniente la Sala como parte de su





dictamen examinar la figura de la <<prueba indiciaria>> - como medio de prueba reconocido por ley como válido para adoptar decisiones judiciales - toda vez que los recurrentes expresan, en su escrito de alegatos, que no existe en el expediente pruebas directas que sustenten la pretensión de la actora y que la decisión de grado fue fundamentada únicamente tomando en cuenta los <<indicios>> que emanan de las pruebas periciales - probabilidades de coincidencia de las posturas adoptadas por los demandados en cada renglón de la licitación -.

Por lo que corresponde a la denominada <<prueba indiciaria>>, ésta también es conocida como prueba indirecta, ya que pretende verificar si existió o no la acción concertada. Por lo general, la misma no hace referencia a un hecho concreto, pero sirve de medio para inducir la acción concertada. Luego entonces, si bien es cierto que la <<prueba indiciaria>> no acredita la realización del hecho directo, si sugiere, mediante un raciocinio nutrido con las reglas de la experiencia (sana crítica) y las reglas de la economía, la correspondencia con una acción concertada.

En esta línea de pensamientos, el maestro **JAIRO PARRA QUIJANO**, ilustra sobre la valoración de la <<prueba indiciaria>> señalando que:

"Hay que mirar el indicio primero como **objeto de prueba**, eso significa que utilizando otros medios probatorios debe ingresar al proceso y una vez ingresado y con el auxilio de las reglas de la experiencia y bajo el yugo de la racionalidad, nos **sirve de medio de prueba**".
 (Seminario "Políticas de Competencia orientado al análisis de jurisprudencia, Agosto 20 al 31 de 2001. Ciudad de Panamá)

Resulta oportuno señalar que ya estos Tribunales se han pronunciado con anterioridad respecto a la <<prueba indiciaria>> en procesos por <<prácticas monopolísticas>>, determinando que, "si bien todas las pruebas documentales que hemos reseñado no acreditan en forma directa la comisión por parte de las sociedades demandadas de las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en la demanda, si permiten inferir

al Tribunal la existencia de negociaciones, acuerdos, conversaciones, reuniones, intercambio de información, etc., a través de las cuales las demandadas acordaron en forma conjunta o cooperativa establecer acuerdos sobre los precios, niveles de producción y distribución del mercado de harina de trigo, lo cual como bien se ha explicado no se concluye de forma directa, pero sí por la vía de los indicios que en nuestra legislación procesal, constituyen un medio de prueba que contribuye a formar convicción en el juzgador". (Fallo de 28 de junio de 2004, PROCESO POR PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS propuesto por la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), COMO TERCERO COADYUVANTE LA UNIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ (UNCUREPA) CONTRA GOLD MILLS DE PANAMÁ, S.A., HARINAS DE PANAMÁ, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A., ORO DEL NORTE, S.A., LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMÁ, S.A. Y BIENVENIDO SAUCEDO RODRÍGUEZ)

Pertinente resulta anotar que, por disposición legal en la materia referente a la regulación del monopolio, la <<prueba indiciaria>> es aceptada para acreditar la conducta sancionada de <<práctica monopolística absoluta>>. Así pues, el numeral 6 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°31 de 3 de septiembre de 1998, que reglamenta el Título I, Del Monopolio, preceptúa que "Podrá considerarse como elementos indicativos de la existencia de una práctica monopolística absoluta entre dos o más agentes económicos competidores..." 6. "Cuando en las licitaciones públicas... exista un patrón de comportamiento que indique un posible intercambio de información relevante sobre los precios..."

Otro aspecto debatido en esta fase del proceso se contrae a la opinión externada por las recurrentes en el sentido de que el Juez A-Quo valoró indebidamente el material probatorio que yace en el expediente y que, además, manipuló los informes periciales. Expresa el Tribunal su disensión con el criterio de las demandadas, pues considera que el servidor judicial de grado sí valoró detenidamente las pruebas aportadas por las partes, amén de que el Juzgador en la sentencia de marras, realizó un examen suscito de cada una de estas pruebas, las ponderó acorde con la regla de la <<sana crítica>> y le confirió a la <<prueba indiciaria>> en conjunto con

otras documentales y testimoniales (fs.350-356, 592-596, 690-706, 714-718, 720-730, 755-766, 768-785, 3650-3659) la fuerza necesaria para acreditar la coordinación de posturas de las empresas licitantes demandadas en el acto público en ciernes, conducta que está prevista como ilícita en el numeral 4 del artículo 11 de la Ley N°29.

Ahora bien; se aboca, además, el Tribunal de Alzada a determinar si la supuesta conducta desplegada por las sociedades demandadas, declarada como ilícita en la legislación que regula la materia del monopolio, se encuentra acreditada en el caudal probatorio obrante en el expediente. Observa la Sala Colegiada que la pretensión de la demanda presentada por la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, está dirigida a que se declare que las sociedades **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GACES INDUSTRIALES, S.A.**, incurrieron en una <<práctica monopolística absoluta>> al participar en la Licitación N°310084 de 22 de mayo de 1998 de la CAJA DE SEGURO SOCIAL, acordando y coordinando sus posturas en las ofertas de precios presentadas por cada empresa, conducta que se encuentra prohibida, de conformidad con el numeral 4 del artículo 11 de la Ley N°29 de 1° de febrero de 1996.

Así tenemos que, tanto la actora como las demandadas acreditaron, en la etapa procesal correspondiente, una serie de elementos probatorios con aras de avalar, por una parte la demandante su pretensión y, por la otra, la contraparte su oposición; advirtiéndole la Sala de Decisión que, dentro de las pruebas aportadas fueron debidamente admitidas por el Juzgado de grado, mediante Auto N°38 de 22 de enero de 2002 (fs.216-241), testimoniales (fs.233-234), inspección judicial (fs.234), pruebas de informe (fs.234-238) y pruebas periciales (fs.238-241), todas sujetas al

contradictorio.

En lo que concierne a la Licitación N°310084 de 22 de mayo de 1998, de la CAJA DE SEGURO SOCIAL, la revisión de este acto administrativo enseña que la empresa **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, ofertó a un centavo (B/.0.01) los tanques de 12 y 24 pies cúbicos, en los renglones 1, 4, 5, 6 y 8 correspondientes a las provincias de Bocas del Toro, Chiriquí, Herrera, Los Santos y Panamá; y la sociedad **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, ofreció un centavo (B/.0.01) por los tanques de 12 y 24 pies cúbicos, en los renglones 2, 3 y 7 correspondientes a las provincias de Coclé, Colón y Veraguas. Analizados los rubros antes reseñados, puede afirmarse que ninguna de las dos empresas demandadas coincidieron en los diferentes renglones o provincias en las cuales presentaron sus ofertas para los referidos tanques, siguiendo un mismo patrón de comportamiento al ofertar precios cruzados por el valor de un centavo (B/.0.01) en los tanques de oxígeno de 12 y 24 pies cúbicos en los distinto renglones (fs:888-897).

Igitur, los informes rendidos por los peritos **ROSA BARRIA** (Perito del Tribunal), **OSCAR GARCÍA CARDOZE** y **EDUARDO CARRSQUILLA DUTARY** (Peritos de la Actora) en materia estadística son contestes y concluyentes en afirmar que las empresas demandadas tenían la posibilidad de coincidir en un (1) renglón en el porcentaje de 6.2500% y de coincidir a lo largo de ocho (8) renglones de 0.0000%, con el esquema de subsidio o técnica de B/.0.01; esto es, en términos corrientes, que la probabilidad de que la similitud de conductas cruzadas de cada empresa en las ofertas dentro de la licitación fuese producto del azar, era infima y muy remota. En tanto los economistas **GRACIELA VALDES SAMUDIO** y **MELCHOR HERRERA E.** (Peritos de la demandada ACETI-OXÍGENO, S.A.), pese a que señalan que la conducta

seguida por las demandadas no es un indicio contundente o determinante de coordinación de posturas, también sostienen que la probabilidad de coincidencia en la postura era improbable.

En este sentido, resulta propicio transcribir el aspecto medular de la experticia dictada por la Licenciada **ROSA BARRIA**, cuyo tenor dice:

"En conclusión, el fenómeno que efectivamente ocurrió en el acto de la Licitación Pública N°310084 celebrado el 22 de mayo de 1998, en el cual si bien es cierto se cumple la condición de que "...ACETI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., nunca hayan coincidido ... en el esquema de subsidio (B/.0.01) ... al tomar en cuenta a todos los proponentes de la licitación 310084 ...", sin embargo tenía una probabilidad de ocurrir muy baja por renglón (6.2500%) y prácticamente remota a lo largo de los ocho renglones ($\Rightarrow > 0.0000\%$) de la referida Licitación Pública".
(fs.595)

Por su parte, los Peritos **OSCAR GARCÍA CARDOZE** y **EDUARDO CARRASQUILLA** manifestaron lo siguiente:

"Como se puede observar, a través de dos métodos diferentes para el cálculo de probabilidad de que ninguna de las dos empresas demandadas coincidiera con su oferta de B/.0.01 por los tanques de 12 pies cúbicos en tan siquiera una provincia, se llega al mismo resultado: una probabilidad ínfima de ocurrencia de menos de uno por ciento.

Por todo lo anterior, podemos señalar que es poco probable que este resultado haya sido producto de la casualidad o el azar". (fs.718)

De igual manera, los peritos **GRACIELA VALDES S.** y **MELCHOR HERRERA F.**, expresaron el criterio que se copia así:

"De la evaluación realizada a lo largo del análisis efectuado, para determinar la posibilidad de que las dos empresas competidoras con mayor experiencia e historia de participación en las licitaciones de suministros de gases industriales, se hayan puesto de acuerdo y así controlar el mercado hemos concluido, que no es un indicio contundente o determinante la no coincidencia. Vale la pena valorar de manera justa, que entre **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, obtuvieron sólo un poco más de 63% de los renglones en oferta a su favor y ambas perdieron alrededor de un 35% con los otros competidores. En conclusión, nuestra interpretación es que el resultado de las ofertas presentadas por **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, estuvo condicionada de manera marcada por la forma en que estaba requerida la oferta por parte de la Caja de Seguro Social, es decir la sumatoria de los precios por

7 /

renglones (provincias) lo cual estuvo fundamentado en los hechos siguientes:

1. Entre los aspectos relevantes de la presentación, es importante destacar que había una determinación de precios al azar o simple, tanto de **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, que consideraron para efecto de su participación en cada uno de los ocho (8) renglones (provincias) en el análisis de su facilidad estadística de suministro que le permitía o no el cumplimiento con la entrega de los renglones (provincias) en la licitación.
2. En una evaluación previa a la participación hecha de cualesquiera de los miembros proponentes pudo haberse determinado, que probabilísticamente (sic) hablando existían muchos elementos a considerar, que indicaban la existencia de renglones (provincias) que nunca iban a ser surtidos.

Con consideraciones de esta naturaleza entre otros y tomando en cuenta la forma para la fijación de precio (sumatoria) de los renglones (Provincias), resulta lógico colegir que en aquellos renglones donde no podían competir por ausencia de logística de suministro con la experiencia de **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, usaron la estrategia de apalancamiento de su precio con un precio subsidiado, (PS) de manera tal que el impacto en su precio sumatoria fuese el menor". (fs. 729-730)

De otro lado, los citados peritos también señalan lo que sigue:

"En la primera tirada la probabilidad de que **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, nunca hayan coincidido en el esquema de subsidio de (0.01) ... al tomar en cuenta a todos los proponentes es de 6.25% en un renglón.

En las ocho tiradas la probabilidad de coincidir después de haber tirado ocho (8) veces aumenta, por que es la probabilidad de acertar ocho veces, y así sucesivamente. Como en este caso habían ocho (8) renglones (provincias) es como si hubieran ocho oportunidades para acertar al menos una vez y prácticamente remota a lo largo de los ocho (8) renglones. La probabilidad empírica remota, a lo largo de los ocho (8) renglones que coincidieran **GASES INDUSTRIALES, S.A.** y **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, en el precio de subsidio (0.01) para los efectos de la licitación pública N°310084 de 22 de mayo de 1998, como podemos observar en el ejemplo que presentamos a continuación era de (0.0000%):" (fs. 726)

Con la finalidad de enervar los dictámenes periciales anteriores, las demandadas, **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, alegaron que, puesto que sus empresas tenían un amplio conocimiento del mercado, del volumen de venta y tipo de cilindro que se utiliza por provincias (fs. 60 y 71), conocían que los tanques pequeños (12 y 24) son de poca demanda en el mercado, hecho que las impelia a cotizar a bajo costo los referidos tanques. Sin embargo, advierte la Sala que la empresa **ACETI-OXÍGENO, S.A.**, presentó la propuesta de un centavo (B/.01) en los renglones

correspondiente a las provincias de Bocas del Toro (1), Chiriquí (4), Los Santos (6), Panamá (7); mientras que la otra sociedad demandada **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, ofertó igual cantidad en los renglones correspondientes a las provincias de Coclé (2), Colón (3), Herrera (5) y Veraguas (8). Tal comportamiento, a juicio de este Tribunal Colegiado no resulta lógico ni justificable - pese a la alegación por parte de las demandadas del tráfico comercial de cada renglón - sino, más bien, contradictorio e irracional. Véase que las sumas ofertadas en cada renglón - que denotan un patrón de postura cruzado y de alternativa paralela dentro de la Licitación - no corresponde al comportamiento normal o usual de empresas competidoras entre si, que se describen como conocedoras del mercado nacional de provisión de oxígeno médico y que no cuentan con una política y organización comercial y de distribución del producto que apuntale su conducta dentro del Acto público de la Licitación {«probabilidad condicionales»: fs.3697-3698; ver declaraciones de los señores **MARCOS AUGUSTO SALAZAR ROSADO**, Administrador de **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** (fs.798-816; 828-835) y **JOHN ALEXANDER CORRO VILLARREAL**, Gerente de Operaciones de **GASES INDUSTRIALES, S.A.** (fs.275-285; 287-298)}. Entonces pues, el resultado de sus posturas conduce a la conclusión que, para una de ellas, un renglón o provincia resultaba atractivo - en términos económicos - ofertar el producto licitado; en cambio, para la otra, el mismo mercado le era indiferente y, comercialmente hablando, lo consideró de poca o ninguna atención.

Atinente a la alegación sostenida por parte de las demandadas en defensa de su postura de que el pliego de peticiones de la Licitación obligaba a participar en todos los renglones, no comparte el Tribunal de Alzada este criterio habida cuenta que quedó debidamente demostrado, mediante el Oficio N°741/11-03 de la CAJA DE SEGURO SOCIAL, en respuesta 3 del Cuestionario respecto a tal punto que "El pliego de cargos de la Licitación Pública No.310084, no

30

exigió a los proponentes que participaran en todos los renglones..., lo que si exigía era su participación, según lo consignado en la respuesta 4, "... en todos los volúmenes 12p3, 24p3 y 200p3"; es decir "... que el proveedor debía cotizar los 3 tamaños de cilindros en aquellos renglones o provincias en que participaba". (fs.896) (Cfr. Declaración del Señor MANUEL RODRIGUEZ TALBOT; fs.791)

Una de las defensas esgrimidas por las empresas demandadas, consistió en alegar que la no participación en todos los renglones - en términos de ofertas reales - se debió a que el pliego de cargos de la licitación los compelia a entregar los cilindros de manera inmediata. Con referencia a este tema en concreto, externa el Tribunal su posición disimil a la postulada por las demandadas recurrentes, pues se observa que, en la Addenda N°2 de la Licitación Pública N°310084 en ciernes, se recoge una cláusula que señala que, "el adjudicatario negociara con cada Unidad Ejecutora la fórmula para mantener abastecida la misma" (fs.401). De igual manera, en el Acta de la Reunión de Homologación - celebrada entre los participantes - del día 28 de abril de 1998 se indica que "El contrato a celebrarse entre el Adjudicatario y la Caja de Seguro Social, considerará los pagos parciales de acuerdo a las presentaciones de cuenta", así como expresa que "También deberá incluirse una cláusula que indique que el Adjudicatario negociará con cada unidad ejecutora la fórmula para mantener abastecida la misma" (fs.403). Los razonamientos anteriores demuestran, sin lugar a dudas, que la entrega de los cilindros en cada provincia no tenía que realizarse de forma inmediata y seguida a la finalización de la Licitación, como lo han aseverado las demandadas.

Otro ángulo de revisión, para efectos de verificar si la conducta de las demandadas surge de la alegada <<probabilidad condicionante>> o de su política de mercado descansa en la prueba vinculada a la Inspección Judicial efectuada al Libro de Registro

de Actas de la empresa ACETI-OXÍGENO, S.A. En ese contexto, de la lectura de estos documentos se desprende que esta sociedad mantuvo contacto previo con empresas de la competencia (DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. y CRIOGAS, S.A.), a fin de desplazar del mercados a los nuevos competidores (fs.2149-2253). Veamos por qué:

ACTA DE 5 DE FEBRERO DE 1996

"La Directora Picota informó acerca de una conversación que había tenido con uno de nuestros suplidores en los Estados en relación a gestiones que estaba efectuando un miembro de la familia de los señores Carter, propietarios de la competencia. Se discutió ampliamente en cuanto a este tema y se decidió solicitar una reunión con el Sr. John Carter y el Ing. Salazar en nuestras oficinas con el interés de conversar en cuanto a este espinoso (sic) asunto." (fs.2214-2216)

ACTA DE 25 DE FEBRERO DE 1997

"El Director García hizo un breve resumen a la situación que se confronta con el nuevo competidor Cryo-Gas de Centroamerica (sic) y lo que los abogados Castillo y Garibaldi han adelantado en cuanto a la investigación tendiente a determinar si existe o no una participación accionaria de la firma B.O.C. en la citada compañía." (fs.2224-2225)

ACTA DE 14 DE MARZO DE 1997

"El Director García solicitó autorización de la Directiva para conversar con los señores Carter en relación al interés Praxiar (sic) puesto que en el pasado esa había sido la norma que se había seguido. Discutido el asunto se autorizó al Director García para comunicarse con los señores Carter. Solicitó la Directora Picota que se aprueben las acciones tomadas y que se pretenden tomar para contrarrestar la competencia, discutidas en detalle en esta y en versiones anteriores. A (sic) moción debidamente presentada y secundada, se aprobó por unanimidad de votos las acciones tomadas tendientes a contrarrestar la ofensiva de la competencia." (fs.2225-2227)

ACTA DE 20 DE JUNIO DE 1997

"Se anunció la llegada del Lic. Vicente Garibaldi a quien se había invitado a la reunión con el objeto de analizar una vez más la situación que se está confrontando tanto con Oxi-Gas en Chiriquí como con Cryogas en Panamá. Explicó el Ing. García que en Chiriquí el Sr. Rodríguez Talbot continuaba con la práctica de utilizar los cilindros propiedad de nosotros y de Gases Industriales para rellenarlos con su equipo lo cual es peligroso para nosotros como fabricantes ya que el producto que se manufactura con el equipo que posee no tiene la pureza adecuada y puede traer consecuencia funestas para nuestra imagen. Se estableció comunicación tanto con la oficina del ministro de Gobierno donde se encuentra la solicitud de reconsideración interpuesta por Cryogas como con el Sr. Henne en Chiriquí para tratar con él lo concerniente a Oxi Gas. El Ing. García solicitó que se le dé carta blanca al Lic. Garibaldi para que prosiga con las gestiones que den como resultado el cierre tanto de Cyro Gas tan pronto salga la resolución del Ministerio de Gobierno y con Oxi Gas una vez que el Presidente Motta haya

establecido comunicación con el Sr. (sic) Henne y el Sr. Victor Mendez, Comandante (sic) de los Bomberos en Chiriquí." (fs.2252-2253)

ACTA DE 14 DE OCTUBRE DE 1997

"Acto seguido el director Garcia explicó que Cryogas participó y ganó por precio dos Concursos de precio para suministro al Hospital General de la Caja de Seguro Social así como también a otro en el Hospital Amador Guerrero el cual ya empezó a servir. Se autorizó la rebaja de precios para los próximos concursos. El Director Renato de Diego propuso que se considerará la posibilidad de participar en las licitaciones por venir en el Hospital Santo Tomás que es el que atiende Gases Industriales, pero se consideró que no era conveniente en estos momentos." (fs.2242-2243)

ACTA DE 15 DE JUNIO DE 1998

"El Director Garcia comentó que al tomar la decisión en cuanto a la conveniencia o no de vender, debe tenerse en cuenta que cada día que pasa hay más competencia que es la que ha traído (sic) consigo la necesidad de ajustes de precios considerables. Ya nuestros competidores no sólo son los Carter sino también Michael Morales de Cryo Gas y próximamente (sic) Martinelli." (fs.2232-2233 y 2234-2235)

ACTA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1998

"En la actualidad (sic) no obstante las dificultades que se tienen con la competencia de Cryo Gas aún se está ganando dinero y en el area (sic) de los implementos médicos e industriales el mercado se está ampliando." (fs.2230-2231)

ACTA DE 25 DE AGOSTO DE

"En cuanto a otras acciones tomadas para enfrentar la competencia está el haber obtenido Licencia para la instalación de gases comprimidos en los hospitales. Esta acción es de suma importancia puesto que con ello se impide que el Sr. Vergara, socio de Cryogas, continúe con las instalaciones futuras y el mantenimiento actual que le da a los distintos hospitales. Se han comprado cuatro camiones y se necesitan más ya que las entregas a clientes se habían suspendido desde el tiempo de la crisis, Cryogas está procediendo a entregar a clientes particulares. La Directora Picota participó para decir que es necesario que se aprueben los ajustes de precios que se han puesto en vigencia en las distintas licitaciones que han tenido lugar en el último mes en vista que las mismas se han presentado de un momento a otro debido a que se espera para saber quienes han tirado pliegos. Con todo y eso, nos han ganado dos concursos de precios para suministro al Hospital General del Seguro Social." (fs.2249-2251)

ACTA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998

"Damos inicio primero a las buenas noticias! Logramos quitarle el contrato del Hospital San Miguel Arcángel a Michael de Cryogas. Si bien tuvimos que cotizar al mismo precio al que le estamos facturando al Seguro Social, lo importante realmente es mantener el volumen e iniciar relaciones positivas con un nuevo cliente hospitalario. A la fecha hemos mantenido nuestra presencia de venta en el Hospital del Niño, Hospital José Domingo De Obaldia y Cecilio Castellero. Tanto en el Regional de Azuero como en el Gerardino De León en Las Tablas y el Oncológico. Cryogas ha logrado ganar dos licitaciones en cada hospital las cuales las hemos recuperado posteriormente sobre la base de nuevos ajustes de precio. (1370 cilindros de 200' con Cryogas y 560 en Oxigas.)

.....

De conformidad con lo sugerido por nuestros Asesor

Financiero se ha procedido a la fusión de Aceti-Oxígeno, S.A. con lo cual se logra ahorros en impuestos.

.....
Hemos dejado de último el acercamiento surgido entre el Sr. John Carter y, por su intermedio Cryogas, con relación a una posible redistribución de los hospitales a los cuales servimos en un esfuerzo por incluir a Cryogas, cediéndoles algunos hospitales que tanto Gases Industriales como nosotros atendemos. No hemos dado respuesta aún, pero somos de opinión que nada se debe hacer hasta el mes de Mayo cuando vence la licitación del Seguro Social. (fs.2256-2258 y 2259-2262)

En resumen: no cabe duda y así quedó registrado en las pruebas que obran en el expediente lo siguiente: (a) que las empresas **ACETI-OXÍGENO, S.A.,** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.,** son competidoras en el mercado del oxígeno médico; (b) que ambas sociedades participaron de la Licitación N°310084 de 22 mayo de 1998 de la CAJA DE SEGURO SOCIAL presentando en dicho acto público un mismo patrón de comportamiento, utilizando la estrategia de ofertar precios en forma cruzada entre los tanques pequeños (12p3 y 24p3), pero fijando valores de mercado en los tanques de 200 pies cúbicos, a fin de amortiguar el valor por renglón o provincia; (c) que el método de evaluación aplicado en la Licitación N°310084 de 1998 de la CAJA DE SEGURO SOCIAL, era el de sumatoria, que consistía en sumar los precios de los tres tamaños de tanques (12. 24 y 200 pies cúbicos) en cada uno de los renglones o provincias; (d) que no existe justificación alguna ni en términos de política empresarial ni de organización y estructura de mercadeo que demuestre la conveniencia de cada sociedad demandada de ofertar de la manera que se presentaron las propuestas; (e) que las probabilidades de coincidencia en el sistema de oferta cruzada y alternativa de la técnica de un centavo era, estadísticamente hablando, ínfima; (f) que la prueba documental (Actas del Libro de Registro de Actas) demuestra ciertas conversaciones sostenidas entre ambas empresas que infieren la concertación de posturas que favorecieran a ambas sociedades proponentes, para repartirse el mercado ofertado en la licitación de oxígeno médico de la CAJA DE SEGURO SOCIAL.

Tomando en consideración que la práctica usual de la CAJA DE SEGURO SOCIAL para proveerse de oxígeno médico para sus hospitales era su adquisición mediante la contratación directa del servicio, siendo la primera vez que operaba la modalidad de licitación pública de suministro, dicho factor incitó el surgimiento de conductas ilegales de los competidores con la finalidad de no perder dicho mercado.

En otras palabras, los indicadores de las probabilidades de coincidencia (indicios) de coordinación de posturas entre competidores dadas las características del mercado y su comportamiento usual dentro del mercado específico de suplemento de oxígeno médico, apoyados por las pruebas periciales, en conjunto con las testimoniales, logran comprobar fehacientemente el hecho imputado a las demandadas dentro de este proceso por <<prácticas monopolísticas absolutas>>.

Los planteamientos jurídicos antes expresados son los que sirven de fundamento a este Tribunal de Alzada para respaldar el criterio del funcionario A-Quo cuando concluye, acertadamente que, "aún cuando en el proceso no existía prueba directa, si se ha logrado acreditar en el expediente que las demandadas utilizaron un mismo patrón de comportamiento al ofertar los precios de la referida licitación pública ..." (fs.3670), puesto que en base a las pruebas aportadas al expediente, valoradas bajo el sistema ya estudiado de la <<sana crítica>> concluyeron que, la conducta desplegada por las demandadas en la Licitación Pública N°310084 de 22 de mayo de 1998, en cuanto al ofrecimiento de un centavo (B/.0.01) en los tanques de 12 y 24 pies cúbicos para unos renglones y otros no, representa un elemento indicativo de la existencia de una <<práctica monopolística absoluta>> entre los dos agentes competidores entre sí (fs. 3669).

Valga añadir, amparado en argumentos sobre la materia formulados por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, a la luz de casos resueltos en los despachos competentes para dilucidar asuntos de competencia en el Mercado Común que, "... existe una práctica concertada cuando: (a) hay un contrato efectivo entre las partes, que frecuentemente consistirá en reuniones, discusiones, intercambios de información, sondeos de opinión, ya sea oral o escrito; y (b) tal contacto (1) tenga como objetivo influenciar la conducta en el mercado, y en particular suprimir por adelantado la incertidumbre respecto de la conducta futura de una empresa o (2) tenga el efecto de mantener o alterar la actuación comercial de las empresas de que se trate, en un aspecto que hasta aquel momento estaba regulado por el juego de la libre competencia".

Y continúan agregando, también que, una práctica concertada debe ser probada adecuadamente; es decir, "... es necesario, por lo menos demostrar: primero, que la conducta consciente y paralela no es exclusiva, o incluso especialmente debida a condiciones económicas o a la estructura del mercado; segundo, donde no existe un <<acuerdo de voluntades>> suficientemente claro, las presunciones inequívocas pueden llevar a la convicción de que las conductas paralela eran el resultado de la concertación, de una política coordinada ... En la práctica si se prueba una conducta paralela en el mercado y un contacto entre las partes, se presumirá de inmediato una práctica concertada. La conducta paralela es por si misma insuficiente para probar una práctica concertada pero será un fuerte indicio de una práctica concertada si es poco probable que tal conducta ocurriese, en condiciones de mercado normales. No se presumirá una práctica concertada, si hay una explicación alternativa, pero el intercambio de información confidencial desde el punto de vista comercial, u otros contactos similares permitirán probar una practica concertada. La proximidad de fechas relevantes y la ausencia de competencia entre las empresas serán significativas ...". (CHRISTOPHER Bellamy y GRAHAM Child: DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO COMÚN, Editorial CIVITAS, Edición Española, pág. 90-91).

Visto que una de las partes en este proceso es la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, no habrá imposición de costas, por disposición expresa del artículo 1077 del

En mérito de lo antes expuesto, el **TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la Sentencia N°59 de 29 de septiembre de 2004, dictada por el Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, dentro del **PROCESO POR PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS** propuesto por la **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, en contra de las sociedades **ACETI-OXÍGENO, S.A.** y **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**

No hay condena en costas.

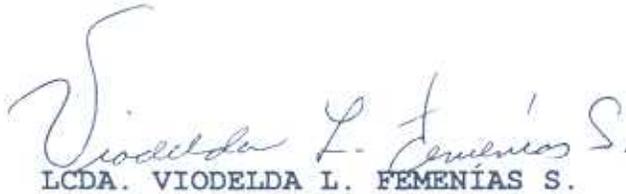
NOTIFIQUESE,



MGDA. DORA BATISTA DE ESTRIBÍ
SUPLENTE ESPECIAL



MGDA. ANABEL GAMALLO Q.
SUPLENTE



LCDA. VIODELDA L. FEMENIAS S.
Secretaria Judicial Ad Hoc