

JUZGADO NOVENO DE CIRCUITO, RAMO CIVIL, DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ. Panamá, veintinueve (29) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

SENTENCIA N059

ANTECEDENTES

Luego de evacuados todos los trámites procesales, se encuentra en fase de dictar Sentencia, el Proceso que por Prácticas Monopolísticas Absolutas ha promovido la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), en contra de las sociedades ACFTI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.

PRETENSIÓN

La COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (en adelante CLICAC) consigna como pretensión de su demanda, lo siguiente:

"Que de conformidad con el artículo 5 en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 29 de primero de febrero de 1996, se declara que las empresas ACFTI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. han incurrido en una práctica monopolística absoluta prohibida por la precitada ley de competencia al tenor del numeral 4, artículo 11.

Luego de las declaraciones anteriores la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC) procederá a imponer las sanciones según lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 29 de primero de febrero de 1996."

HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento fáctico, CLICAC expone que las empresas ACFTI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., son empresas competidoras en el mercado de oxígeno médico y como tales debían cotizar precios en forma independiente y separada en la Licitación No.310084 de 22 de mayo de 1998 de la Caja de Seguro Social, la cual se dio para el suministro, transporte, entrega y descarga de oxígeno médico que consumieron los hospitales y policlínicas de la institución en la República de Panamá durante el periodo comprendido entre el 1ro. junio de 1998 al 31 de mayo de 1999.

Apunta que, en esta licitación también cotizaron precios las empresas CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A. (CRYOGAS) y PROMOCIÓN MÉDICA, S.A. (PROMED); que la empresa OXIGAS, S.A., presentó en esta licitación una nota de protesta al no estar de acuerdo con la exigencia del cumplimiento de la norma COPANTT 20:4-006 que establecía un nivel de pureza del oxígeno médico de 99%, y; expone a través de un cuadro los precios ofrecidos por las cuatro empresas que participaron en esta licitación Pública, es decir, ACFTT-OXÍGENO, S.A., DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A. (CRYOGAS) y PROMOCIÓN MÉDICA, S.A. (PROMED).

Señala que, el método de evaluación de la licitación en cuestión consistió en sumar los precios de los tres tamaños de tanques (12, 24 y 200 pies cúbicos) en el correspondiente renglón, y que la adjudicación en cada renglón se le adjudicó a la empresa que propuso el menor precio de la suma aritmética de los tres precios presentados.

Advierte que, las empresas demandadas utilizaron una estrategia para rivalizar el renglón y así aumentar la probabilidad de ganar el mismo, la cual consistió en ofrecer precios en forma cruzada entre los tanques pequeños y el tanque de 200 pies cúbicos, mediante el ofrecimiento de la cantidad de un centésimo de balboa en estos tanques pequeños, precio muy por debajo de su costo real para así amortiguar el precio mayor del tanque de 200 pies cúbicos; sin embargo, agrega CLICAC, esta estrategia no fue utilizada en todos los renglones, pues, hubo renglones en donde la utilizaron y otros en los cuales no la utilizaron.

CLICAC llama la atención del Tribunal en el sentido de que observe que ACFTT-OXÍGENO, S.A. presentó esta estrategia de precios cruzados para rivalizar en los renglones 1 (Bocas del Toro), 4 (Chiriquí), 6 (Los Santos) y 7 (Panamá), solamente, y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. presentó la estrategia de precios cruzados para rivalizar en los renglones 2 (Coclá), 3 (Colón), 5 (Herrera) y 8 (Veraguas), solamente. Con ello, alega, ambas empresas demandadas no coincidieron en rivalizar y en no rivalizar ninguno de los renglones de la referida licitación Pública, y para una mejor explicación de su alegación expone en el libelo de demanda, un cuadro titulado "RIVALIDAD EN LOS RENGIONES DE LA LICITACION No.310084 DE OXÍGENO MEDICO EN LA CAJA DE

SEGURO SOCIAL ENTRE LAS EMPRESAS ACFTI-OXÍGENO, S.A. Y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A."

CLICAC sostiene que en el conjunto de las ofertas presentadas por las empresas demandadas en este acto, existe un patrón de comportamiento en los precios ofertados por estas empresas, que consiste en una alternancia paralela en la aplicación del sistema de precios cruzados, de tal manera que no coincidieron en rivalizar o no rivalizar en ningún renglón.

Manifiesta que, los directivos de ACFTI-OXÍGENO, S.A. realizaron una extensa actividad para lograr el desplazamiento del mercado de las empresas OXIGAS, S.A. y CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A., razón por la cual, previo a la licitación, solicitaron a la Caja de Seguro Social que se exigiera en la referida licitación el cumplimiento de las normas COPANIT 20:4-006 que reglamenta la pureza del oxígeno médico a 99%, así como de la Resolución No. 73-4 de 29 de abril de 1987 de la Dirección General de los Cuerpos de Bomberos de la República, sobre el manejo de cilindros. Y en virtud de dichas exigencias, OXIGAS, S.A. no pudo participar en la licitación pues su oxígeno médico tiene una pureza de 93% y la norma descrita exige 99%.

Adicional a esta conducta, CLICAC expresa que directivos de ACFTIOXÍGENO, S.A. mantuvieron interés en desplazar del mercado a CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A. mediante el seguimiento a sus actividades comerciales, solicitud ante autoridades para que esta última empresa cumpliera normas técnicas y el obstáculo por precios en dicha Licitación.

CLICAC señala también que directivos de ACFTIOXÍGENO, S.A. mantuvieron reuniones previas a la mencionada licitación Pública, con directivos y personal de DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., para discutir aspectos del mercado, y que estas empresas demandadas concurren a la referida licitación mediante una combinación para coordinar posturas en las ofertas de precios presentadas por ambas empresas, lo cual constituye una práctica monopolística absoluta.

Refiere que, directivos de ACFTI-OXÍGENO, S.A. estaban interesados en negociar con CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. una repartición de mercados de oxígeno médico luego de la adjudicación de los renglones de la licitación en cuestión. Producto de esto,

CLICAC expone en su libelo dos cuadros más para las Licitaciones Públicas de Oxígeno Médico de la Caja de Seguro Social efectuadas en el año 1999, la primera fechada el 14 de mayo de 1999, la cual fue declarada desierta por precio gravoso, y la segunda convocatoria para el día 7 de junio de 1999. Cabe señalar que en estas licitaciones participaron las empresas ACETT-OXÍGENO, S.A., CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.

Finalmente, CLICAC cita algunas disposiciones de la Ley 29 de 1996, tales como el artículo 7, numeral 6, artículos 10, 11 (resaltando el numeral 4), y el artículo 12.

Cabe destacar que, durante la audiencia preliminar la parte demandante, CLICAC, corrigió los hechos quinto, noveno, décimo y décimo primero, en el sentido de que el renglón séptimo corresponde a la provincia de Veraguas y el renglón octavo corresponde a la provincia de Panamá (cfr. fs. 80 del expediente).

ACTUACIÓN DE LAS DEMANDADAS

Una vez admitida la demanda, mediante el auto No. 192 de 22 de mayo de 2001, se ordenó correrla en traslado a las demandadas.

Fue así que compareció al proceso la sociedad ACETT-OXÍGENO, S.A., a través de su apoderada judicial, la firma forense MENDOZA, VALEF & CASTILLO, la cual procedió, dentro del término de ley, a contestar la demanda incoada por la CLICAC. Y la sociedad DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., otorgó poder al licenciado SIXTO ARREGO CAMAÑO, quien presentó su libelo de contestación de demanda en tiempo oportuno.

Ambas demandadas aceptaron los hechos sexto, vigésimo, vigésimo primero y vigésimo segundo, relativos a los métodos de evaluación de las licitaciones 310084 de 22 de mayo de 1998 y 990125 de 14 de mayo de 1999 de la Caja de Seguro Social; los precios ofrecidos por las sociedades demandadas en la licitación 310084; y que en la licitación 990125 hubo una segunda convocatoria, pues fue declarada desierta por precio gravoso. Por tanto, dichos hechos no requieren ser probados, tal cual lo establece el artículo 784

referiremos y resolveremos las objeciones realizadas a los documentos, pues, la procedencia de las pruebas de informe, peritajes y testimonios, fue resuelta en el Auto de Pruebas No. 38 de 22 de enero de 2002, visible a fojas 216 a 241 del expediente.

Cabe destacar que, tal cual consta en el Informe Secretarial visible a foja 215 del expediente, las pruebas documentales presentadas por las partes durante la Audiencia Ordinaria fueron colocadas en cuadernillos separados o independientes del infolio. Es así que, además de los cuatro (4) tomos del expediente principal, se contaba con ocho (8) cuadernillos separados de pruebas; seis (6) de los cuales correspondían a las pruebas que presentó la CLICAC, y uno (1) por cada una de las demandadas; no obstante, pendiente de dictar sentencia y en atención a Proveído surtido por este Despacho el 26 de agosto de 2004, se ordenó se incorporaran al expediente principal, todas las pruebas documentales presentadas por ambas partes en el acto de Audiencia Ordinaria (cfr. fs. 1452).

I. PRUEBAS DE LA DEMANDANTE

Conjuntamente con la presentación de su demanda, la parte actora aportó los siguientes documentos:

1. Certificaciones de existencia y representación legal de las sociedades ACETI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. (fjs. 13 a 15).
2. Resolución No. PC-004-01 de 17 de febrero de 2001, emitida por la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR, que ordena interponer demanda ante los Tribunales en contra de ACETI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. (fjs. 16 a 40).

Esta prueba fue objetada por los representantes judiciales de ambas sociedades demandadas por tratarse de un documento de parte interesada, por lo cual solo contiene apreciaciones subjetivas de la demandante, además por carecer de rigor científico y no tener valor probatorio.

Sobre el particular, debemos apuntar que la prueba en mención consiste en un documento elaborado por la CLICAC en el marco de su investigación

administrativa, el cual ordena, precisamente, la interposición de la presente demanda. Del análisis del mismo, se aprecia que se encuentra debidamente autenticado, por lo cual reúne los requisitos exigidos por el Código Judicial para su debida admisión; además, que hace referencia a los hechos en los cuales se sustenta la demanda que diera inicio al presente proceso. Por tanto, no se acoge la objeción formulada por las demandadas, pues este Despacho no encuentra objeción alguna para su admisión,

3. Certificación emitida por el Director General en funciones de Secretario de la CLICAC, sobre la representación legal de dicha institución (fj. 41).

Este documento fue, igualmente, objetado por las demandadas en virtud de que carece de valor probatorio, pues, no es cierto que el licenciado Romel Adames fuera el representante legal de la CLICAC, pues a esa fecha no había sido ratificado por la Asamblea Nacional.

Sobre el tema de la ratificación del Licenciado Romel Adames como Comisionado de la CLICAC por parte de la Asamblea Legislativa, este tema fue resuelto por el Tribunal, a raíz del Incidente de EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN ADJETIVA POR CARENCIA DE PERSONERÍA propuesto por el licenciado Sixto Abrego en representación de Distribuidora de Gases Industriales, S.A. el cual fue negado y se encuentra además debidamente ejecutoriado y en firme. Siendo consecuentes con este pronunciamiento, este Juzgador no acoge la objeción presentada por las demandadas.

Durante el acto de audiencia ordinaria o de fondo la CLICAC aportó las siguientes pruebas documentales:

4. Expediente original No. 006/98, tramitado en la CLICAC dentro de la investigación administrativa que dicha institución realizó por Prácticas Monopolísticas contra las empresas ACETI-OXIGENO, S.A.; DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.; DANIBE ENTERPRISE, S.A.; y ALMACENES GENEVA, S.A., el cual se aprecia dentro del expediente en el Tomo Quinto y corre de fojas 1456 a 1949.

5. Documentación recabada por la CLICAC dentro de su investigación administrativa en las oficinas de la empresa ACETI-OXIGENO, S.A., ubicadas en Boca La Caja, Vía Tocumen (Cerro Viento), Aguadulce, La Mata del Coco, y David. Esta documentación reposa en los tomos SEXTO Y SÉPTIMO, y corren de fojas 1952 a 2920.

Las pruebas identificadas con los números 4 y 5 han sido objetadas por los apoderados de las sociedades demandadas por inconducentes, ineficaces e improcedentes, pues, no sustentan la pretensión de la CLICAC, ni logran acreditar ninguno de los hechos de la demanda, además por contener copias fotostáticas de documentos privados sin firma, por lo cual carecen de autenticidad, ni se tiene certeza de su origen.

Sobre el particular, debemos apuntar que las pruebas objetadas corresponden a la documentación recabada durante las diligencias llevadas a cabo dentro de la investigación administrativa realizada por la CLICAC, previamente a la interposición de la presente demanda.

Por tanto, este juzgador estima que los cuadernillos de pruebas en cuestión contienen documentación obtenida en cumplimiento de una función de investigación asignada por la ley, a la ahora parte demandante CLICAC, la cual resulta conducente y útil para lograr la convicción del juez, consecuentemente, resultan admisibles.

Igualmente, durante la etapa de pruebas se evacuaron las siguientes prácticas probatorias, aducidas y presentadas por la CLICAC:

6. Testimonios de los señores:

- LUIS QUEZADA MARTÍNEZ, Jefe de Planta de Producción de Gases Industriales, S.A., cuya declaración está visible a fojas 272 y 273.
- JOHN CORRO VILLARREAL, Gerente de Operaciones de Distribuidora de Gases Industriales, S.A., cuya declaración encontramos a fojas 275 a 285 y 287 a 298.
- MANUEL RODRIGUEZ TALBOT, Presidente y Gerente General de Oxigas, cuya declaración se aprecia a fojas 709 a 713 y 788 a 795.
- JAIME TAPIA ACUÑA, Administrador de Aceti-Oxígeno, quien declaró a fojas 328 a 335 del expediente.

7. Prueba Pericial en Estadística a fin de establecer un cálculo de probabilidades para calcular la posibilidad de que las empresas ACETI-OXIGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. nunca hayan coincidido en ninguno de los ocho (8) renglones.

Esta prueba se realizó con la participación de los siguientes peritos economistas:

- OSCAR GARCIA CARDOZ y EDUARDO CARRASQUILLA, por la demandante, CLICAC, cuyo informe se aprecia a fojas 714 a 718.

- GRACIELA VAIDEZ y MELCHOR HERRERA, por la demandada ACETTI-OXIGENO, S.A., cuyo informe encontramos a fojas 720 a 730.

- ROSA BARRIA, perito del Tribunal, con informe visible a fojas 592 a 596.

II. PRUEBAS DE LA DEMANDADA ACETTI-OXIGENO, S.A.:

La demandada ACETTI-OXIGENO, S.A. presentó por su parte, las siguientes copias autenticadas de los documentos, que reposan en el Tomo Ocho y corren de fojas 2924 a 3412:

1. Gacetas Oficiales No. 23,778 de 20 de abril de 1999 y 23,340 de 26 de julio de 1997.

La Gaceta No.23,778 fue objetada por la representación de la CLICAC por inconducente, pues, es de fecha posterior a la licitación pública objeto del presente proceso, igualmente, por inútil, pues su contenido no guarda relación con el tema probatorio que ocupa este proceso, además de que el derecho escrito que rige la nación no debe ser motivo de prueba.

Si bien es cierto, el Código Judicial establece, en su artículo 786 que las leyes publicadas en la Gaceta Oficial constituyen plena prueba sin necesidad de que consten en el expediente, dicho artículo señala que las partes pueden aportar el respectivo documento si así lo desean, por tanto, las Gacetas Oficiales y su aportación por la demandada ACETTI-OXIGENO, S.A. al presente expediente, a juicio del Despacho, resulta idónea y por tanto admisibles.

2. Estimados de consumo de oxígeno médico para el año 1998 y de junio de 1998 a mayo de 1999, elaborados por la Caja de Seguro Social.

3. Siete (7) recortes de noticias aparecidas en diarios locales en referencia al oxígeno médico de la Caja de Seguro Social.

Dichas noticias han sido objetadas por inconducentes e inútiles, pues,

no guardan relación con el tema del proceso, pues, CLICAC demanda una práctica monopolística y no cuestiona las normas técnicas sobre el porcentaje de pureza del oxígeno médico en Panamá.

Este Juzgador es del criterio que dentro de los hechos enunciados por la actora en su libelo de demanda se hace referencia a la exigencia de la norma COPANIT, que exige un nivel de pureza del oxígeno médico de 99%, en la licitación pública objeto del presente proceso, consecuentemente, la objeción se deniega y las pruebas en cuestión serán valoradas.

4. Propuesta presentada por PROMED, S.A. en la Licitación Pública No. 310084-98.

La parte actora objeta esta prueba porque la sociedad PROMED no es parte de este proceso.

Este Juzgador se percata que, si bien es cierto, tal cual expresa la actora la sociedad PROMED, S.A. no es parte del presente proceso, la documentación aportada por la demandada resulta útil para el Tribunal en cuanto al contenido de la Licitación Pública No.310084-98, Licitación que por demás se encuentra directamente involucrada en el presente proceso.

5. Carta de 29 de septiembre de 1998, suscrita por la Directora General de la Caja de Seguro Social, dirigida al Defensor del Pueblo de la República de Panamá.

La demandante objeta esta prueba por impertinente, pues no se relaciona con los hechos controvertidos.

El análisis de la prueba en cuestión, este Juzgador se percata que la carta hace referencia a la Licitación Pública No. 310084-98, que dio origen al presente proceso, razón por la cual no se admite la objeción en cuestión. y la prueba habrá de ser valorada.

6. Actas de la Licitación Pública No.200125 de 29 de noviembre y de 4 de diciembre de 2000.

Estos documentos son objetados por la demandante por inconducentes e ineficaces, pues, se realizan con posterioridad a la fecha de la licitación

pública objeto del proceso.

Las pruebas objetadas en esta oportunidad corresponden a las actas de la licitación pública No.200125, la cual no corresponde a la licitación en la cual la parte actora sostiene que las demandadas incurrieron en prácticas monopolísticas, por tanto, en efecto, la prueba resulta inconducente. En consecuencia, se admite la objeción formulada y la prueba no será valorada.

- 7. Resoluciones No. 73 de 29 de abril de 1987 y 334 de 22 de abril de 1997 expedidas por el Cuerpo de Bomberos de Panamá y nota fechada 7 de noviembre de 1996, suscrita por dicha institución.
- 8. Declaración jurada rendida ante la Fiscalía Segunda de Circuito de Chiriquí por Gloria Morales de Rodríguez.
- 9. Carta de 24 de julio de 2001 suscrita por American Gas & Cylinder, Inc., dirigida a ACETI-OXÍGENO, S.A., con su traducción.
- 10. Inspección realizada en CRYOGAS DE CENTROAMERICA el 24 de enero de 1997.
- 11. Certificado expedido por la Dirección General de Normas y Tecnología Industrial.
- 12. Folleto expedido por COPANIT.
- 13. Acta del Comité Técnico de la Norma COPANIT Oxígeno.
- 14. Fax de fecha 20 de febrero de 1997 de la empresa Praxair dirigida a ACETI-OXÍGENO, S.A.
- 15. Acta de la Reunión del Comité Técnico de la Norma COPANIT.
- 16. Documento titulado "Sustentación del Sector Salud acerca de la Norma de Oxígeno".
- 17. Carta de 4 de agosto de 1994 de GASES INDUSTRIALES, S.A. DE C.V. para ACETI-OXÍGENO.
- 18. Carta de 18 de abril de 1994 de AIRGAS para ACETI-OXÍGENO, S.A., con su traducción al español.
- 19. Certificaciones del Registro Público sobre existencia y representación legal de las sociedades PROMOCIÓN MEDICA, S.A. (PROMED S.A.) y CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A.
- 20. Dos (2) Hojas de Costo, acompañadas de sus órdenes de compra y declaraciones unificadas de aduanas, de ACETI-OXÍGENO, S.A.

Las pruebas identificadas con los números 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 20 fueron objetadas por la demandante por ser impertinentes e inconducentes.

Del análisis de las pruebas objetadas por la parte actora en esta

oportunidad, este Juzgador llega a la conclusión que los documentos en mención resultan pertinentes y conducentes, razón por la cual, no se acoge la objeción formulada, y las pruebas serán valoradas.

La representación judicial de la sociedad demandada ACETI-OXIGENO, S.A., presentó, a su vez, los siguientes elementos probatorios:

21. Testimonios de los señores:

- MARCO AUGUSTO SALAZAR, Ingeniero de Distribuidora de Gases Industriales, S.A.; quien rindió declaraciones a fojas 798 a 816 y 828 a 835.
- PAUL GARCIA, Vice Presidente de Aceti-Oxígeno, S.A., cuyas declaraciones encontramos en las fojas 732 a 739 y 748 a 754.
- ROGELIO SALADO, Gerente de Comercialización de Gases de Aceti-Oxígeno, S.A., cuya declaración se observa a fojas 340 a 345.
- JAIME TAPIA, Administrador de Aceti-Oxígeno, S.A., con declaración a fojas 328 a 335.

22. Prueba de Informe a la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR, a fin de determinar "si es cierto o no, según consta en los archivos de esta institución, que la GLICAC representada por el licenciado Manuel de Almeida advirtió a la Caja de Seguro Social en relación con la licitación No. 310084 de 1998, que el sistema de evaluación debía ser modificado, ya que el mismo permitía que un proveedor pudiera ofrecer precios mínimos en los tanques más chicos para que la sumatoria de precios fuera menor"

La respuesta a esta prueba se encuentra a foja 578, en la cual la GLICAC informa a este Despacho que el licenciado Manuel De Almeida advirtió a la Caja de Seguro Social, de manera verbal en una reunión previa a la licitación, que el sistema de evaluación debía ser modificado, ya que no era el más apropiado, y con dicha actuación la GLICAC planteó su inconformidad con el método de evaluación de la referida licitación.

23. Prueba Pericial a fin de determinar las condiciones económicas, administrativas, de capacidad instalada y otras que debían tomar en cuenta las empresas para participar en las licitaciones de la Caja de Seguro Social, mencionadas en el presente proceso.

Esta prueba se llevó a cabo con la participación de los siguientes peritos, quienes debieron absolver un cuestionario de catorce (14) preguntas:

- GRACIELA VALDEZ y MELCHOR HERRERA, por parte de la demandada ACETI-OXIGENO, S.A., cuyo informe se encuentra a fojas 768 a 785.
- OSCAR GARCIA CARDOZE y RAÚL DE GRACIA HARRISON, por parte de la demandante CI ICAC, quienes presentaron su informe a fojas 755 a 766.
- YADRA CORDERO DE TIJÓN, por el Tribunal, cuyo informe apreciamos a fojas 350 a 356, y una ampliación del mismo a fojas 690 a 706.

III. PRUEBAS DE LA DEMANDADA DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.:

Copias de los siguientes documentos, las cuales encontramos en el cuadernillo de pruebas identificado con el número 8:

1. Certificaciones emitidas por los Gerentes Generales de MATERIALES CANTO, S.A.; FINO-FINO, S.A.; COMPAÑIA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN, S.A.; HERMANOS NG, S.A., sobre la distribución de productos de DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.
2. Registros de Cilindros Llenos de GASES INDUSTRIALES, S.A. de los años 1995 y 1996.
3. Traducción de un documento emitido por la ASOCIACIÓN DE GASES COMPRIMIDOS, INC.
4. Traducción del documento DROGAS Y DERIVADOS APROBADOS Y REQUISITOS LEGALES.
5. Acta de Entrega de Cilindros de Oxígeno suscrita el 8 de septiembre de 1998, entre el Hospital Regional de Soná de la Caja de Seguro Social y la Compañía de Gases Industriales, representada por la Compañía General de Distribución, S.A.
6. Nota de 19 de septiembre de 1997 suscrita por la Administradora de la Policlínica Dr. Horacio Díaz Gómez de la Caja de Seguro Social, dirigida a la Compañía de Distribución.
7. Cuatro (4) órdenes de compra de la Caja de Seguro Social.
8. Catorce (14) formularios de Constancia de Entrega de la COMPAÑIA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN, S.A.

Las pruebas identificadas con los números 1, 3, 4 y 5 fueron objetadas por la parte actora por inconducentes, ineficaces e inútiles, pues se apartan del objeto del proceso; igualmente se objetaron las pruebas 2, 7 y 8 por inconducentes, ineficaces y no cumplir los requisitos legales de autenticidad exigidos por el Código Judicial.

Luego de un examen de las pruebas objetadas por la representación

judicial de la demandante, es el criterio de este Juzgador que los precitados documentos guardan relación con la defensa que realiza el representante judicial de la demandada en la presente controversia, por lo cual resulta negar las objeciones formuladas y valorar tales documentos.

El apoderado judicial de DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., igualmente, presentó los siguientes elementos probatorios:

9. Testimonios de las siguientes personas:

- ELVIA DE CARIÉS, Directora de Normas y Tecnología Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, cuya declaración apreciamos a fojas 315 a 317.
- PAUL GARCÍA, Vice Presidente de Aceti-Oxígeno, S.A., quien rindió declaraciones en dos (2) oportunidades, a fojas 732 a 739 y 748 a 754.
- JFEPS CHILLAMBO, Director de Farmacia y Drogas del Ministerio de Salud, cuya declaración encontramos a fojas 304 a 307.
- LISA DEL C. ZAPATA, funcionaria de enlace entre la Sección de sustancias peligrosas y la Dirección Nacional de Farmacia y Drogas, con declaración visible a fojas 741 a 745.
- EDGAR MENDIVÉZ, Secretario General del Cuerpo de Bomberos de Panamá, cuya declaración se encuentra a fojas 308 a 314.
- JOHN CORRO, Gerente de Operaciones de Distribuidora de Gases Industriales, quien rindió declaraciones a fojas 275 a 285 y 287 a 298.
- MANIFI DE ALMEIDA, Economista de GLICAC, cuyas declaraciones se encuentran a fojas 566 a 577 y 817 a 826.

IV. PRUEBA DE INFORME SOLICITADA POR AMBAS PARTES:

Por último, cabe destacar que, tanto la parte actora, como las dos (2) demandadas solicitaron pruebas de informe a la CAJA DE SEGURO SOCIAL, razón por la cual, este Tribunal resolvió mediante Auto No.38 de 22 de enero de 2002, admitir tales pruebas de informe y se procedió a requerir la información pedida por las partes a dicha Institución (cfr. fs. 216 a 241).

La respuesta a esta Prueba de informe la encontramos de fojas 888 a 893 y 900 a 1372.

CUESTIÓN DE DERECHO

Resulta importante destacar que, en su memorial de contestación de demanda, la firma forense MENDOZA, VALLE & CASTILLO, por ACFTI-OXIGENO, S.A., formuló una excepción intitulada "EXCEPCIÓN DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA POR LA ACTIVA".

De las constancias en auto cabe anotar que el Licenciado SIXTO ABRIGO, por DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., promovió EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN ADJETIVA POR CARENCIA DE PERSONERÍA, por vía de Incidente.

Ambas excepciones de ilegitimidad de personería se fundamentaron en los mismos hechos, es decir, la falta de ratificación por parte de la Asamblea Legislativa, del señor Romel Adames De León como Comisionado de la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR, CUCAC.

Cabe destacar que, el referido incidente presentado por el Licenciado Abrego, tal como lo señaláramos en párrafos anteriores, fue NEGADO por este Tribunal a través del Auto No.371 de 20 de junio de 2001 (fjs. 112 a 120), decisión ésta que se encuentra en firma y ejecutoriada, razón por la cual dicho cuadernillo fue anexado al expediente principal (fjs. 86 a 120).

Así las cosas, siendo consecuentes con la decisión ya expresada por este Despacho, resulta procedente declarar la SUSTRACCIÓN DE MATERIA en la Excepción de Ilegitimidad de la Personería Activa propuesta por la representación judicial de ACFTI-OXIGENO, S.A., en virtud de que este Despacho Jurisdiccional ya emitió un pronunciamiento sobre dicho tema en el presente proceso.

PROMINCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

En este punto, corresponde al Juezador efectuar la valoración de los elementos probatorios allegados al proceso, analizando los mismos en el contexto de lo solicitado por la actora en su pretensión, su parte fáctica y sus alegaciones por un lado; y por otro, tomando en cuenta las defensas planteadas por las empresas demandadas en sus contestaciones de demanda y

Agotadas las consideraciones anteriores corresponde al Tribunal entrar al fondo del asunto.

No puede este Juzgador iniciar este apartado, dejando de señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de la República de Panamá, dentro de su Título X, denominado "LA ECONOMÍA NACIONAL", establece la prohibición, en el comercio y la industria, de prácticas monopolísticas, en lo siguientes términos:

"Artículo 290: 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 ..."

En franco desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 29 de 1996, contempla a las Prácticas Monopolísticas Absolutas en el Capítulo II de su Título I, denominado "Del Monopolio". Para el caso que nos ocupa, en específico, se definen así:

"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...
- 2...
- 3...
- 4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas. "

El artículo 10 del texto legal citado, por su parte, establece el carácter ilícito que tales prácticas tienen en sí mismas, sin consideración de sus posibles efectos económicos negativos. Indicando, que no servirá como defensa, la circunstancia de que una práctica de este tipo no haya ocasionado efectos negativos a un competidor o a posibles competidores, o a los consumidores.

Como sanción a la comisión de estas prácticas monopolísticas, la propia Ley dispone:

"Artículo 12. Sanciones. Los actos que constituyan prácticas

monopolísticas absolutas no tendrán validez jurídica, y los agentes económicos que los realicen serán sancionados conforme a esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que les corresponda.

Estos actos serán sancionados, aún cuando no se hayan perfeccionado o no hayan surtido sus efectos."

Ahora bien, en desarrollo de esta normativa monopolística, nos encontramos con el Decreto Ejecutivo No.31 de 3 de septiembre de 1998, "por el cual se reglamentan el Título I (del Monopolio) y otras disposiciones de la Ley No. 29 de 1 de febrero de 1996", se establecen algunos parámetros indicativos de existencia de prácticas monopolísticas absolutas, veamos:

"Artículo 7. De las prácticas monopolísticas absolutas. Podrán considerarse como elementos indicativos de la existencia de una práctica monopolística absoluta entre dos o más agentes económicos competidores o potencialmente competidores entre sí, conforme al artículo 11 de la ley, entre otros:

- 1...
- 2...
- 3...
- 4...
- 5...
- 6. Cuando en las licitaciones públicas, solicitudes de precios, concursos o subastas públicas, exista un patrón de comportamiento que indique un posible intercambio de información relevante sobre los precios y condiciones ofrecidos o sobre la modalidad y oportunidad de participación de los agentes económicos en los referidos procesos.

Lo expuesto anteriormente no afecta las reglas comunes concernientes a los indicios procesales, presunciones procesales o carga de prueba."

Expuesta la legislación nacional aplicable al presente negocio, corresponde efectuar un análisis de los elementos probatorios allegados al proceso por las partes, a fin de determinar si se configuran los requisitos necesarios para concluir que las empresas demandadas, en efecto, han realizado la práctica monopolística absoluta que le endilga CLICAC.

En principio, nuestra legislación establece como requisito para la comisión de prácticas monopolísticas absolutas, que la conducta o el acto considerado como tal, sea realizado entre agentes económicos *competidores o potencialmente competidores entre sí*.

En el expediente de marras ha quedado plenamente acreditada la condición de competidoras de las dos (2) sociedades demandadas en el mercado de oxígeno

médico; además de ello, ACETI-OXIGENO, S.A. en su contestación acepta el hecho primero de la demanda relacionado a este punto de competencia, y; DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A., por su parte, no niega tal condición, sino solamente el hecho de que ambas sociedades no hayan cotizado de manera independiente, como a su juicio señala la parte actora en tal hecho referido.

En este orden de ideas, cabe destacar que, también ha quedado acreditado en el presente proceso, que las empresas participantes de la licitación 310084 de 1998 debían cotizar precios para tres (3) tamaños de tanques de oxígeno, 12, 24 y 200 pies cúbicos. El método de evaluación consistió en sumar los precios ofrecidos en los tres (3) tamaños de tanques en cada renglón (los renglones correspondían a las provincias del país, con excepción de Darién). Y cada renglón se le adjudicaba a la empresa que cotizó el menor precio de la suma de los tres (3) tamaños de tanques de oxígeno.

La CI ICAC fundamenta su pretensión de que sea declarada la comisión de prácticas monopolísticas absolutas por parte de las sociedades demandadas, en una posible combinación entre dichas empresas para presentar sus cotizaciones de precios en la licitación 310084 de 22 de mayo de 1998, pues, afirman que las demandadas utilizaron la estrategia de ofrecer precios en forma cruzada entre los tanques pequeños y el de 200 pies cúbicos, ofertando los tanques pequeños al precio de un centésimo de balboa, para así amortiguar el precio del tanque mayor de 200 pies cúbicos, así de esta manera aumentaba la probabilidad de ganar determinado renglón.

Sin embargo, esta estrategia no fue utilizada por las demandadas en todos los renglones. La práctica monopolística alegada por la actora consiste en la existencia de una alternancia paralela en la aplicación del sistema de precios cruzados, ya que las demandadas no coincidieron en los renglones en que utilizaron o no tal estrategia.

Las sociedades demandadas, en sus contestaciones de demanda y alegatos sostienen que el comportamiento de cada una de ellas en la licitación 310084 de 1998, obedeció a diversos factores, como lo es el hecho de que el pliego de cargos era novedoso y contenía incongruencias e imprecisiones, pues, obligaba a las empresas participantes a cotizar en todos los renglones y

establecía un plazo de entrega de cinco días a partir de la expedición de la orden de compra a la empresa a la cual se le adjudicaba determinado renglón, lo cual obligaba a las empresas a tener disponibles la cantidad de cilindros requeridos al momento de participar en la licitación. Además, el método de evaluación de la sumatoria de los tres (3) tamaños de tanques no era el más adecuado.

Alegan, que su vasta experiencia y trayectoria en la participación de este tipo de licitaciones le hacen conocedores del comportamiento del mercado, en el cual los tanques pequeños de 12 y 24 pies cúbicos son poco utilizados, y en algunos renglones ni siquiera son usados; además, los mismos representan solo el 0.2% del total del producto a suministrar; por tanto, era lógico cotizar dichos tanques al menor precio posible, es decir, un (1) centavo pues no tiene objeto asignarle un precio competitivo a un tanque que no se va a usar; y esta situación fue discutida en una de las reuniones de homologación, previas a la licitación, en la cual se expuso como ejemplo la posible cotización de los tanques pequeños al precio hipotético de un (1) centavo.

Puntualizan que los precios ofertados por cada una de las sociedades demandadas respondían a la realidad de cada empresa en particular, pues había que tomar en cuenta diversos factores, tales como la presencia de la empresa en el correspondiente renglón o provincia, ya sea por sí misma o través de distribuidoras, y la disponibilidad de cilindros para suplir a los renglones adjudicados.

En conclusión, las demandadas coinciden en señalar que no existió entre ellas combinación alguna para la repartición del mercado en la licitación 310084 de 1998, sino que el comportamiento de cada empresa en la misma obedeció a los factores supra citados, pues, en atención a los mismos, no les convenía competir en todos los renglones de la licitación, sino solamente en aquellos en los cuales podrían cumplir.

Ha sido debidamente acreditado en el presente proceso que las sociedades ACETI-OXIGENO y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. presentaron posturas en la licitación 310084 de 22 de mayo de 1998; de hecho, así lo han admitido las empresas demandadas.

Del análisis de la copia del expediente de la Licitación Pública No.

tirado ocho (8) veces aumenta, por que es la probabilidad de acertar ocho veces, y así sucesivamente. Como en este caso habian ocho (8) renglones (provincias) es como si hubieran ocho oportunidades para acertar al menos una vez y practicamente remota a lo largo de ocho (8) renglones. La probabilidad empirica remota, a lo largo de ocho (8) renglones que coincidieran GASES INDUSTRIALES, S.A. y ACETI-OXIGENO, S.A. en el precio de subsidio (0.01) para los efectos de la licitación pública No.310084 del 22 de mayo de 1998, como podemos observar en el ejemplo que presentamos a continuación era de (0.000%).

En conclusión, el peritaje en estadística nos arroja como resultado, que la probabilidad de que las demandadas no coincidieran en ninguno de los renglones en los cuales ofertaron los tanques de menor tamaño al precio de un centavo es prácticamente, remota.

En los elementos probatorios que reposan en el expediente no existe, a criterio de este Juzgador, ninguna prueba que nos indique de manera fehaciente que el comportamiento de las empresas demandadas en la licitación 310084 de 1998 obedeció a las circunstancias por ellas expresadas (experiencia en el mercado, presencia en cada provincia, cantidad de cilindros disponibles, capacidad para cumplir). En otras palabras, no encuentra este Tribunal debidamente acreditados los elementos justificativos que expresan las demandadas en su defensa.

Por el contrario, nos llama la atención que para las sociedades demandadas sean 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 sería pensar que las dos hubieran coincidido tan siquiera en algunos de los renglones de la licitación, pues, evidentemente, hay provincias más rentables o atractivas que otras.

Por otro lado, llama la atención del tribunal el costo de los cilindros de 12 y 24 pie cúbico, que en palabras del Ingeniero Marcos Augusto Salazar Rosado que labora en una de las empresas demandadas, en su declaración constante a fojas 828 señaló: *"El valor de compra de los cilindros de 12 y 24 pie cúbicos que nuestra empresa (Distribuidora de Gases Industriales, S.A.) ha comprado a través de todos los años que tenemos de estar en la actividad de comercializar el oxígeno médico se ha obtenido desde un valor no inferior de cuarenta balboas a un valor superior de 62 balboas..."* *"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, puedo decirles que cualquier precio en el cilindro de 12 pie cúbicos por debajo de tres balboas y en el de 24 de 4 balboas representaba pérdida para cualquier empresa."

Adicionalmente, en declaración del Vice-Presidente de Acetioxígeno Paul Antonio García Gambotti constante a fojas 736 se advierte que: "Insisto en lo que he dicho desde un principio, la licitación fue hecha de una manera que al aplicar la sumatoria, forzosamente las empresas tenían que tener pérdidas al ofertar en cilindros de 12 y 24 pie cúbicos, puesto que lo que mandaba era el precio de los cilindros de 200 pie cúbicos..."

De todo lo anterior, este Tribunal es del criterio que la conducta desplazada por las demandadas en la licitación pública 310084 de 1998, en relación al ofrecimiento del precio de un centavo en los tanques de 12 y 24 pies cúbicos para algunos renglones y otros no, sin que ambas empresas llegaran a coincidir en aquellos renglones en los cuales se produjo esta oferta; se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 31 de 1998, cuyo numeral 6 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 ofrecidos o sobre la modalidad y oportunidad de participación de los agentes económicos.

Y es que con independencia del costo en el mercado de los cilindros de 12 y 24 pie cúbicos, lo cierto es que este costo no fue reflejado con veracidad en la referida licitación por parte de las empresas demandadas.

Antes de proferir nuestra decisión debemos precisar que en relación a los otros hechos planteados por la demandante en su libelo de demanda y que fueron discutidos a lo largo del proceso, relativos a la exigencia del cumplimiento de la norma Copanit, ello con la intención de una de las demandadas de desplazar del mercado a algunas de sus competidoras; este Tribunal ha de señalar que; si bien es cierto, ello fue contemplado en los hechos de la demanda, también es cierto que la exigencia de la norma Copanit no guarda relación directa con la pretensión que exige el ICAC sea declarada

por el Tribunal: "Que de conformidad con el artículo 5 en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 29 de primero de febrero de 1996, se declare que las empresas ACETI-OXÍGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. han incurrido en una práctica monopolística absoluta prohibida por la precitada Ley de competencia al tenor del numeral 4, artículo 11",

El numeral 4 del artículo 11 en referencia, versa sobre la práctica monopolística absoluta cuyo objeto o efecto sea "establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones...". Se escapa del hecho de establecer, concertar o coordinar posturas en licitaciones públicas, la exigencia del cumplimiento de la norma Copanit, pues, no es en esta exigencia que se da el ofrecimiento del precio o postura que da cada una de las competidoras ofrece en la licitación; por tanto, no corresponde a este juzgador pronunciarse al respecto, por tratarse de hechos que no guardan relación directa con la pretensión del proceso que nos ocupa. Ello, en estricta observancia del principio de congruencia que reside en el artículo 991 del Código Judicial: "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda..."

Consecuentemente, procederemos a acceder a la pretensión de la parte actora y declarar que las demandadas incurrieron en una práctica monopolística absoluta, pues, aún cuando no exista 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, lo cual era prácticamente imposible que ocurriera en base a la ley de las probabilidades, por tanto, dicha situación es indicativa de un posible intercambio de información, sobre la manera de licitar y los precios a ofrecer, entre las dos sociedades competidoras entre sí.

Sobre este punto y ya para finalizar, resulta de importancia para este caso, traer a colación lo expresado por el Tercer Tribunal Superior de Justicia en torno a la falta de prueba directa y la supletoriedad de la prueba de indicios para este tipo de controversias de prácticas monopolísticas absolutas:

No. 310084-98 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 policlínicas de la institución en el período del 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999.

Una vez ejecutoriada la presente Resolución, SE ORDENA el archivo del expediente, previa notación de su salida en el libro respectivo.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS: Artículo 290 de la Constitución Política de la República de Panamá; artículos 10, 11, 12, 101, 141, 142, 234 de la Ley 29 de 1 de febrero de 1996; artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 31 de 3 de septiembre de 1998; artículos 781, 783, 784, 786, 832 a 876, 893, 907 a 922, 936 a 952, 966 a 981 y demás concordantes del Código Judicial.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



LICDO. JAIME JAVIER CASTILLO CASTREJON
Juez Noveno de Circuito, Ramo Civil, del Primer
Circuito Judicial de la Provincia de Panamá.



LICDA. YELITZA ORTIZ DE MARTISCAL
La Secretaria Ad-hoc.