

AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

OPINIÓN SOBRE LA DECISIÓN ESTATAL DE ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN DE UN NUEVO OPERADOR PORTUARIO DE GESTIÓN DE CONTENEDORES EN EL PACÍFICO DE PANAMÁ A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO EN EL PLIEGO DE PRECALIFICACIÓN PARA LA LICITACIÓN DE UN MEGAPUERTO EN LA RIVERA PACIFICA DEL CANAL DE PANAMÁ, DE UNA CONDICIÓN DE PARTICIPACIÓN

De conformidad con la consulta formulada mediante nota ADM No.0813-05-2006 de 19 de mayo de 2006, emitimos la presente opinión en relación a cada una de las preguntas formuladas en los siguientes términos:

1. **¿Cuál es la opinión de la Autoridad de Protección al Consumidor en torno a lo establecido en el último párrafo del numeral 12 del Capítulo III sobre condiciones especiales del Pliego de Precalificación del Acto Público Internacional No. LPI 001 2006 para el Diseño, Construcción, Operación, Administración y Mantenimiento de una Terminal de Contenedores, ubicada en el Área de Farfán/Palo Seco, en el Pacífico Panameño, en atención a las disposiciones de la Ley 29 de 1996, conforme fueron modificadas por el Decreto Ley No.9 de 2006?**

La precitada condición establece:

“En el marco de este Acto Público, **EL ESTADO** podrá descalificar las propuestas que pudieran implicar la contratación de monopolios, concentraciones económicas prohibidas o cualquiera otro acto que pueda restringir, disminuir, dañar, impedir o vulnerar la libre competencia y la libre concurrencia económica, creando distorsiones en el mercado, por ende no precalificará las propuestas de personas naturales o jurídicas, consorcios o asociaciones accidentales que administren o posean instalaciones de puertos o Terminales en el área del Pacífico de Panamá.”

Opinión de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (La Autoridad) :

Por mandato constitucional, el Estado debe propiciar la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados. En efecto el artículo 298 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

“Artículo 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios.”

En ese sentido, tenemos que los artículos 7 y 8 de la Ley 29 de 1 de febrero de 1996, modificada por el DECRETO LEY No. 9 de 20 febrero de 2006 que crea la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, modifica y adiciona disposiciones a la Ley 29 de 1 de febrero de 1996 y se adoptan otras disposiciones (en adelante Ley 29) definen la libre competencia económica y la libre concurrencia, en los siguientes términos:

“Artículo 7: Libre Competencia Económica. Se entiende por libre competencia económica la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica. Para los efectos de esta Ley, se considera un solo agente económico al conjunto de personas jurídicas de derecho privado que estén controladas por un mismo grupo económico.” (El subrayado es nuestro).

“Artículo 8. Libre Concurrencia. “Se entiende por libre concurrencia, la posibilidad de acceso de nuevos competidores al mismo mercado pertinente.” (Énfasis suplido).

Es por ello, que según las normas constitucionales y especiales en materia de libre competencia, lo que se requiere es que el Estado permita que en el presente acto de licitación participen únicamente las alternativas que involucren nuevos agentes económicos en el mercado delimitado por el Pacífico Panameño. Otra cosa daría lugar, precisamente, a que se vulneren los principios de libre competencia y libre concurrencia al permitir que la concesión pudiese ser adjudicada a una entidad que ya se encuentre presente en el litoral Pacífico Panameño y, por ende, que no contribuya a la creación de un ambiente de competencia económica, con los perjuicios que eso implicaría para la economía del país, máxime cuando tomamos en consideración que tanto la concesión como los operadores presentes en el mercado, se prevé que se mantengan por un número considerable de años.

2. ¿Si la redacción del citado Pliego de Precalificación en lo que se refiere a descalificar a cualquier agente económico que en la actualidad participe con instalaciones o terminales en el área del pacífico de Panamá vulnera los principios de libre competencia y libre concurrencia económica, conforme lo establece la Constitución Política de la República de Panamá, la Ley 29 de 1996, sus modificaciones y reglamentaciones?

Objetivo de la Ley 29

El objetivo de la Ley 29 de defensa de la competencia¹ es **proteger y asegurar la libre competencia económica** y la **libre concurrencia** en los mercados de bienes y servicios.²

La Ley 29 establece que la forma de cumplir con este objetivo es **erradicando** las prácticas monopolísticas **y otras restricciones** en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

En concordancia con el mandato de erradicar otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados y cumplir con el objetivo de la Ley 29 se establece como una de las funciones atribuidas a la Autoridad, mediante el Decreto Ley 9 de 2006 que modifica la Ley 29 “**Realizar Abogacía de la Libre Competencia ante** los agentes económicos, asociaciones, instituciones educativas, entidades sin fines de lucro, organizaciones de la sociedad civil y **la administración pública**, a través de la cual **podrá recomendar** mediante informes técnicojurídicos **la adopción o modificación** de cualquier trámite o **requisito propio de algún sector de la economía nacional** o realizar estudios **a fin de promover y fortalecer la competencia en el mercado**” (Énfasis suplido).

En tal sentido, a la Autoridad, , le corresponde opinar acerca de si la descalificación en el proceso de competencia (licitación del megapuerto para gestión de carga en contenedores) sometida a consideración, está encaminada a promover y fortalecer la competencia en el mercado o si por el contrario la limita, de conformidad con la Ley 29.

Se advierte que si bien las normas específicas de competencia están diseñadas para evitar que los agentes económicos que actúan en los mercados vulneren la libre competencia económica y la libre concurrencia, ello no implica que el Estado no esté llamado a salvaguardar los principios de libre competencia económica y libre concurrencia a través de las decisiones que formule en torno a los mercados. De hecho, está legalmente obligado a hacerlo.

¹ Artículo 1 de la Ley 29.

² La Ley 29 señala que la finalidad de este objetivo es preservar el interés superior del consumidor.

Efectos de la descalificación en la participación en la licitación.

Afecta la descalificación en el proceso de licitación del mega puerto de un agente económico determinado y que actualmente opera la otra terminal de carga en el Pacífico Panameño la libre competencia económica?

La descalificación establecida en el pliego de precalificación no impide que otros operadores de terminales portuarias de gestión de carga en contenedores que cumplan con todos los requisitos que establece el pliego de precalificación, precalifiquen y puedan luego ofertar en un proceso de competencia por la construcción y gestión del mega puerto.

La descalificación sería un obstáculo para el proceso de libre competencia si sólo existiesen dos operadores de terminales portuarias de gestión de carga en contenedores y se restringe la participación de uno de ellos, o si existiendo un número plural de ellos, los requisitos específicos son tan exigentes que sólo un operador precalifica.

A juzgar por los requisitos que establece el pliego de precalificación, este no sería el caso. Actualmente existen un número plural de operadores de terminales de contenedores interesados en participar que cumplen con los requisitos establecidos.

El Departamento de Compras de la Autoridad Marítima de Panamá (AMP) ha dado a conocer 16 de mayo en su página web que 26 empresas han adquirido a la fecha el pliego de cargos para participar de la precalificación pública internacional para el diseño, relleno, construcción, operación y administración de una nueva terminal portuaria en el Pacífico panameño, desde el 2 de mayo pasado que inicio su venta.

“LAS EMPRESAS QUE HAN RETIRADO PLIEGO DE CARGO A LA FECHA SON: PSA INTERNACIONAL (PORT SINGAPUR AUTHORITY); PPC / PANAMA PORTS COMPANY (HUTCHISON); JAN DE NUL GROUP (HOLANDA); ALEMAN, CORDERO, GALINDO Y LEE (EVERGREEN-TAIWAN); LAMBRANO, BULTRORIE DE LA GUARDIA (DUBAI PORTS); CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIERREZ (BRASIL).

COSCO PANAMA MARITIME (REPÚBLICA POPULAR DE CHINA); MARINE TERMINALS CORPORATION (EE.UU.); EMPRESAS HOPSA (PANAMÁ); APM TERMINALS (DINAMARCA); SSA INTERNATIONAL (MIT- ESTADOS UNIDOS); BARATZ PANAMA (ESPAÑA); CORPORATION M&S (COSTA RICA- SUBSIDIARIA DE FCC DE ESPAÑA); PROMOTORA DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA- (MÉXICO).

CMA CGM PANAMA INC. (LIGADOS A TERMINAL LINK- FRANCIA; TRADECO INFRAESTRUCTURA ; ARENERA BALBOA S.A. (PANAMÁ); BILFINGER BERGER (ALEMANIA); SAIPEM S.A.; KENNETH PARKINSON; MARUBENI CORPORATION; CONSTRUCTORA URBANA S.A.; ARIAS, MORA Y ALEMÁN; CONSTRUCTORA ODEBRECHT; DREADGING INTERNATIONAL; Y COASTAL AND ISLAND SERVICE MARINE.”

En conclusión a juicio de la Autoridad, la descalificación en la licitación, no afecta la libre competencia económica en el proceso de competencia para construir y operar el megapuerto en el Océano Pacífico panameño.

Afecta la descalificación en la licitación la libre competencia?

La Ley 29 define libre competencia como la posibilidad de acceso de **nuevos competidores** al mismo mercado pertinente³.

Siendo que la descalificación en concreto⁴ afecta en la práctica al único operador portuario que participa en el Pacífico Panameño en la operación de una terminal marítima de gestión de carga en contenedores, la misma asegura la libre competencia al permitir el acceso de un nuevo competidor. Sin la descalificación establecida, la posibilidad de acceso de un nuevo competidor no está excluida, pero sí limitada, por la posibilidad de que el operador que actualmente presta el servicio se adjudique la concesión.

La condición propuesta en el pliego de precalificación no es contraria a fomentar y fortalecer la competencia en el mercado, al contrario la condición fomenta y fortalece la participación de nuevos agentes económicos en el mercado portuario del Pacífico Panameño.. Como se ha señalado el levantamiento de la condición de participación no aseguraría el acceso de un nuevo competidor dada la posibilidad de que el único operador establecido se adjudique la licitación.

Atención que el párrafo eliminado explicaba porque no era necesario definir la extensión del mercado pertinente. A mi juicio es necesario señalarlo.

En conclusión a juicio de la Autoridad, la descalificación no afecta la libre competencia en el proceso de competencia por construir y operar el megapuerto en el Océano Pacífico panameño.

Implicaciones para la eficiencia asignativa de la decisión de descalificar la participación.

Una infraestructura portuaria observa entre sus características capacidad limitada (medida como el máximo número de usuarios que pueden utilizarla al mismo tiempo), discontinuidades en la posibilidad de su ampliación. Ello genera oportunidades para comportamientos abusivos por parte de quien controla la infraestructura. Dado que la regulación no es perfecta y no está exenta de costos, generalmente, para limitar posiciones de privilegios y evitar comportamientos abusivos en una estructura de mercado imperfecta, la competencia entre empresas es un mecanismo preferible a la regulación. Así, como primera opción antes de regular, debe considerarse el fomento de la competencia mientras ésta sea posible. La competencia entre puertos cercanos no sólo es posible sino positivo para el desarrollo de un centro de trasbordo de

³ Artículo 8 de la Ley 29.

⁴ Porque cumple con los requisitos de capacidad exige el pliego.

contenedores. Muestra de ello es la evolución de los indicadores de gestión de los puertos marítimos de gestión de contenedores en el Atlántico panameño.

La descalificación en la licitación no produce pérdidas de eficiencia asignativa (precios por los servicios reflejen los costos de producción). La descalificación en el pliego de cargos asegura la competencia en el mercado, lo cual por presión competitiva acerca los precios a los costos de producción, y en ese sentido la condición de participación actúa favorablemente sobre la eficiencia asignativa.

Antecedentes de Restricciones de Participación establecidos por el Estado Panameño

Antecedentes recientes en esta materia lo encontramos en :

Privatización de los ingenios estatales de azúcar

La nota técnica sobre los efectos de la privatización de los ingenios estatales de azúcar sobre el bienestar del consumidor elaborado por la extinta Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor ilustra la preocupación planteada respondiéndose la siguiente interrogante:

“¿Cuáles serían las consecuencias posibles de la privatización sobre la estructura de la industria y el bienestar del consumidor?

La adquisición por los ingenios privados panameños: la adquisición o el control de las empresa estatales por los ingenios privados panameños se constituye en un *cierre* de la ventana anteriormente mencionada, o sea un incremento en las barreras a la entrada en el sector. Implica también un incremento de la concentración del mercado e impide que la privatización genere los deseables beneficios en términos de bienestar, en la forma de una oferta de un producto mejor y a precios más bajos. Tiene, todavía, el beneficio fiscal de mantener la demanda por los activos elevados y, por consiguiente, el precio de venta;

La participación de los ingenios privados en condición minoritaria: la propiedad de los ingenios privados locales, aunque sea con una parte minoritaria, involucra los siguientes riesgos. Primero: tal situación posibilitaría el acceso, si no el control por los ingenios privados, de las estrategias empresariales de un potencial competidor. Segundo y principalmente porque la participación de los ingenios privados reduce a cero los costos iniciales de la coordinación oligopolística o de participación en un acuerdo de mantenimiento de precios y división de mercado. En ese contexto, los incentivos de la firma entrante (los propietarios mayoritarios) se inclinan fuertemente a la participación en un eventual acuerdo en detrimento de correr el riesgo de empezar una guerra de precios, situación que generaría inequívocos beneficios a los consumidores; ...”

Participación privada en Telefonía Básica

En este proceso de privatización, el 49% de las acciones comunes de INTEL, S.A. se pusieron a la venta.

En este proceso un operador, Telefónica de España fue descalificado debido a la importante participación del Estado español en las acciones de la empresa.

Específicamente la descalificación se sustentó en el literal 5 del Artículo 18 de la Ley No. 5 del 9 de febrero de 1995, cuyo texto reza así: “No se permitirá la participación de empresas cuya mayoría de acciones sea de propiedad de Estados extranjeros.”

Conclusión de la Autoridad

El condicionamiento para la participación establecida en el pliego de precalificación para la licitación de la construcción y operación del Mega Puerto es una potestad del Estado Panameño que no es contraria a la Ley 29.

3. ¿Podría el Estado evitar que un agente económico participe del citado Acto de Precalificación con el objeto de garantizar en el futuro que existan nuevos competidores y por consiguiente fomentar la competencia a través del precio en el mercado de terminales portuarias de manejo de contenedores en el área del Pacífico panameño?

En base a las respuestas anteriores concluye esta Autoridad que el Estado sí está facultado para descalificación de la participación de determinados agentes económicos participe del Acto de precalificación aludido, si ello constituye la oportunidad de fomentar y proteger la libre competencia económica y la libre concurrencia en el mercado de terminales portuarias de manejo de contenedores en el área del Pacífico panameño.