

5377

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADA AIDELENA PEREIRA VELIZ



Con el debido respeto que me merece el resto de esta Sala de Decisión, disiento del criterio expuesto por la mayoría de la Sala en la resolución calendada 31 de octubre de 2011, dentro de esta causa judicial (**PROCESO DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS** propuesto por la **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA** (antes **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR - CLICAC**) y **SERVICIO DE MONITOREO Y CONTROL DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA, S.A.** en contra de las empresas **BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., MENDEZ & DIEZ, COMUNICACIÓN INTEGRADA S.A., PUBLICIS FERGO S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., CAMPAGNANI/BBDO PANAMÁ S.A., MCCANN-ERICKSON WORLDGROUP/PANAMÁ S.A., R.D. NEXOS S.A. (antes DIAZ/TBWA S.A.), J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMÁ S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., QUÍMICA-PUBLICIDAD S.A., GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A. e INSIGHT ADVERTISING S.A.)**).

Nuestra posición obedece a que, después de analizados los argumentos de los apoderados judiciales de las demandadas **INSIGHT ADVERTISING S.A., BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., PUBLICIS FERGO S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., MCCANN-ERICKSON WORLDGROUP/PANAMÁ S.A., R.D. NEXOS S.A. (antes DIAZ/TBWA S.A.), J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMÁ S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., CAMPAGNANI/BBDO PANAMÁ S.A. y, QUÍMICA-PUBLICIDAD S.A.,** en su sustentación del recurso horizontal, la posición de la actora, el fallo recurrido y, de verificar toda la documentación y pruebas que se allegaron al expediente, arribamos a las siguientes consideraciones:

Algunos aspectos sometidos a la revisión de esta Sede Judicial por efectos de que han sido planteados en los



5380

escritos de sustentación de este recurso vertical inciden en la apreciación inadecuada del representante de la sociedad **INSIGHT ADVERTISING, S.A.**, de que las empresas de televisión investigadas por causas similares a las que se consignan en este proceso y previa a la emisión del **ACUERDO N°1867-05** de 24 de agosto de 2005, de la **CLICAC** debieron ser llamadas como <<terceros>> en esta causa de competencia. Y se dice que resulta desacertada la posición del recurrente por cuanto a que la participación de estas sociedades no tendría mayor impacto dentro de este litigio, habida cuenta que fueron los propios demandantes los que decidieron los sujetos procesales contra los cuales querían encausar su reclamación y la parte objetante no hizo uso del derecho que le consagran las disposiciones procesales de solicitar la inclusión de un <<tercero>>, si estimaba pertinente o conveniente a su causa y tampoco se acercaron estas empresas de televisión a requerir su ingreso voluntario al proceso (cfr. arts.602-607/Código Judicial)

Por otra parte y siguiendo la línea trazada en el párrafo que antecede, las normas del Código Judicial, en materia de <<terceros>>, sólo compelen al Juzgador a incluir a personas ajenas al conflicto, cuando advierta colusión o fraude en el proceso en contra de esos terceros; o que el conflicto sugiere la existencia de <<tenedores de una cosa a nombre de otro>>, debiéndose llamar al proceso al poseedor real o tenedor de la cosa. (cfr.art.610/Código Judicial).

En lo que corresponde a la solicitud de que se declare



5311

que ha operado la <<sustracción de materia>> debido al contenido del **ACUERDO N°1867-05** de 24 de agosto de 2005, de la otrora **CLICAC**, que ordena el archivo de la investigación seguida a las empresas de televisión ya conocidas en este expediente, comparte esta Magistratura la posición de los opositores en el sentido que las decisiones administrativas que consigna la **CLICAC** o en la actualidad, la **ACODECO** - en lo que concierne al punto específico de la decisión adoptada en cuestión - sólo tienen efectos jurídicos vinculantes en la sede en que se emiten y contra los sujetos respecto a los cuales se pronuncia la entidad gubernativa. De ahí que, para efectos de este proceso judicial, permanece incólume el objeto de esta controversia, por lo cual, debe ser resuelta de fondo.

Referente al asunto de la participación del Perito **GASPAR VASQUEZ** como parte de los expertos que designó la otrora **CLICAC** en la búsqueda de la sustentación de su posición, como primera observación, se advierte que la tacha del Perito en estos momentos procesales resulta totalmente extemporánea. Tal y como lo expresara la contraparte, al momento de la aducción y objeción de pruebas, el censor no hizo uso de su derecho, como bien puede apreciarse a fojas 1780 del expediente. No obstante lo anterior, en aras de la academia, desea esta Magistratura consignar que ha sido materia de pronunciamientos judiciales en las distintas jurisdicciones y en Sede Máxima, así como lo regula el artículo 1055 del Estatuto de Procedimiento Civil, el reconocimiento de que los servidores públicos pueden fungir como auxiliares de la administración de justicia en causas



judiciales de su competencia, con la excepción de cuando el Estado es parte o tiene interés, pues el artículo 971 del Código Judicial le impide su participación. Y es que el mero hecho de ser parte laboral de una entidad gubernamental no los descalifica ni los reputa como parciales en los juicios o conclusiones a los que arriben, máxime cuando no existe, en la actualidad, un listado proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia que informe el nombre de los expertos en las diferentes áreas del conocimiento ajenas al Derecho y que la selección de los expertos responda a situaciones excepcionales. Tales criterios han sido sostenidos en distintos precedentes, en los siguientes términos:

"... si bien es cierto que el artículo 953 del Código Judicial prevé que los empleados públicos no podrán actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés, no es menos cierto que el mismo contempla dentro de sus supuestos para que se configure esa imposibilidad, la existencia de un cuerpo de peritos cuyos nombres figurarán en una lista confeccionada por esta Corporación de Justicia, que hasta este momento no se ha confeccionado. En razón de lo anterior, a criterio de la Sala, es necesario, hasta la confección de la lista en mención, disponer de los funcionarios públicos que sean especialistas en las áreas necesarias para la práctica de peritajes cuando el Estado sea parte o tenga interés, como lo es en este caso." (Fallo de 26 de enero de 1996, Proceso incoado por **CHIRIQUI LAND COMPANY** contra la **COMISION DE PRESTACIONES DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL**. Mgdo. Ponente: ARTURO HOYOS)

.....

"Una vez efectuado el estudio del incidente de tacha y las disposiciones legales en que se funda el mismo, estima la Sala que le asiste razón al incidentista toda vez que, a pesar que el artículo 971 del Código Judicial prevé la existencia de un cuerpo de peritos cuyos nombres figurarán en un listado confeccionado por esta Corporación de Justicia, misma que a la fecha no ha sido elaborada, no es menos cierto que la citada excerta legal dispone que los empleados públicos no podrán actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés.

Esta prohibición hace referencia a la inadmisibilidad de peritos que se desempeñen como funcionarios públicos que en circunstancias



5381

normales podría aceptarse, pero que en casos concretos como el que se ventila, podría resultar dañoso para los intereses legales que se persiguen." (Fallo de 10 de febrero de 2004, Incidente de Tacha de Peritos presentado por la Autoridad del Canal de Panamá, Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por el Licenciado Alvaro Cabal en representación de la **AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMA**, para que se declare nula por ilegal la Resolución N°JD-2115 de 1° de Agosto de 2000, dictada por el **ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PUBLICOS**. Mgdo. Ponente: Adán Arnulfo Arjona) (Énfasis suplido)

.....

"Una vez efectuado el estudio de los recursos de reconsideración presentados, estima la Sala que le asiste razón a los recurrentes toda vez que, a pesar que el artículo 971 del Código Judicial prevé que los empleados públicos no podrán actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés, la misma excerta legal hace referencia a la existencia de un cuerpo de peritos cuyos nombres figurarán en un listado confeccionado por esta Corporación de Justicia, mismo que a la fecha no ha sido elaborado.

Con base a las consideraciones expuestas, se debe recalcar la excepcionalidad de la prueba pericial solicitada por la parte actora, relativos a los cargos por uso del Sistema Principal de Transmisión para Transacciones Esporádicas (CUSPT), materia que por la complejidad y dificultad que la acompaña resulta en una falta de técnicos en esta área, por lo que los funcionarios del Ente Regulador de los Servicios Públicos, entidad reguladora de la prestación del servicio público de electricidad, se encuentran calificados como especialistas en el asunto controvertido.

De igual forma, es necesario tomar en cuenta la imposibilidad de la entidad demandada de nombrar profesionales idóneos que actúen como peritos para la práctica de la prueba pericial solicitada, tomando en consideración las dificultades de las instituciones públicas en cuanto al aspecto económico se refiere, y en la falta de colaboración por parte de otras entidades similares." (Fallo de 19 de mayo de 2004, Incidente de Tacha de Peritos presentado por la **AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMA**, Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por el Licenciado Alvaro Cabal en representación de la **AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMA**. Mgdo. Ponente: ADAN ARNULFO ARJONA) (Énfasis suplido)

.....

"Con relación a este punto, la juez a-quo, valora correctamente el hecho de que si bien los peritos designados por la CLICAC para participar en las diligencias probatorias son funcionarios públicos, tal situación no es óbice para que los mismos sean tachados por tener interés en el proceso o depender económicamente de la demandante o haber dictaminado por escrito respecto de los hechos que dieron origen al proceso.

Lo anterior funciona en gran medida, cuando se ventilan dentro de un proceso intereses particulares, cosa que no ocurre en este proceso, va que tal y como lo señala el artículo



5382

103 y 142 de la Ley 29 de 1996, la CLICAC se encuentra legitimada para ejercer la pretensión en los procesos por prácticas monopolísticas.

Por otro lado, el artículo 1055 del Código Judicial señala en su primer párrafo, lo siguiente: "a las personas que intervengan en los procesos como peritos, sin ser servidores públicos, obligados a hacerlo por razón de su empleo..."

La parte pertinente de este artículo nos indica que si es viable la utilización de peritos que sean funcionarios públicos, si bien el párrafo final del artículo 971 señala que los empleados públicos no pueden actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés, sin embargo en este caso, el interés no es del Estado es de toda la colectividad, y el mismo es tendiente a garantizar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas para preservar el interés superior de los consumidores.

Por lo expuesto, tal y como lo señala la Juez a-quo la CLICAC en este proceso actúa en representación de todos los consumidores y no en la obtención de un provecho particular o personal de ella o del Estado, sino un interés general de carácter económico." (Auto de 3 de enero de 2002 dictado dentro del Proceso por Prácticas Monopolísticas Absolutas interpuesto por la COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC) en contra de GOLD MILLS DE PANAMÁ, S.A.; HARINAS DE PANAMÁ, S.A.; HARINAS DEL ISTMO, S.A., ORO DEL NORTE, S.A., ASOCIACIÓN NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMÁ, S.A. Y BIENVENIDO SAUCEDO RODRÍGUEZ. Mgdo. Ponente: LUIS CAMARGO) (Suple el Tribunal).

En tanto a su justipreciación, los informes periciales deben ser sustentados con datos y documentación relevante que permita al Juzgador probar la idoneidad, lógica, fundamentación, conocimiento y desarrollo de lo cuestionado, confrontando esa declaración con otros instrumentos de pruebas que lleven al operador judicial a solucionar el conflicto con las herramientas legales que le confieren las normas jurídicas, con apego a los hechos probados y el derecho aplicable al caso específico (cfr. art.996 y ss./CJ).

Otro aspecto a discernir está situado en la alegación de que ciertos documentos no cumplen con las formalidades de Ley por haber sido obtenidos electrónicamente y no contar



5382

con la certificación de firma o emisión de los generadores de los escritos. Se aparta quien suscribe de tales criterios, puesto que, como bien lo señalan los opositores, los impresos en comento fueron recabados de los equipos pertenecientes a la **APAP** y mediante una Diligencia Exhibitoria a las instalaciones de la **ASOCIACION**, por lo que resultan válidos en su forma y contenido.

Con la finalidad de adentrarnos a los aspectos centrales del debate en esta fase procesal, quien suscribe se permite consignar los asuntos que ya fueron resumidos en el apartado <<ARGUMENTOS DE PRIMERA INSTANCIA>> con la finalidad de confirmar todos estos hechos y circunstancias debidamente acreditados en el expediente que inciden en las resultas del proceso y que comparte esta Sede Judicial su apreciación y estimación.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva de las partes, como bien lo detalla la sentencia en ciernes, su acreditación queda demostrada "...con la incorporación de las Certificaciones respectivas de la existencia y representación legal de las participantes en este proceso. También fue documentado debidamente que **CIP** es un agente económico dedicado a la verificación de las pautas de los anunciantes que efectivamente se publicitan y proporción de información útil a los efectos de analizar la eficacia de las pautas publicitarias..." (pps.6-7/sentencia); y que la **COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)** - hoy **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO)** -, goza de legitimidad para ejercer la pretensión, según lo regulado en los artículos 68, 101, 142 de la Ley N°29 de 1996.



5384

Por su parte, las demandadas, además de contar con las respectivas Certificaciones del Registro Público que acreditan su existencia y vigencia, son caracterizadas como <<agencias de publicidad>> - ofrecen el servicio de crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante -.

Comparte esta Magistratura el resumido relato que ofrece el fallo de instancia respecto a la estructura y organización de las agencias de publicidad, destacando al DEPARTAMENTO DE MEDIOS y su sucesora, las CENTRALES DE MEDIOS; amén de la diferencia establecida por la Juzgadora, de los conceptos <<agencias publicitarias>> respecto a <<medios de publicidad>>; siendo estos últimos prestos a la difusión de publicidad a través de los soportes de comunicación social cuya titularidad ostenten.

IBOPE-TIME es descrita como "... la empresa que iba a sustituir a CIP en la prestación del servicio de monitoreo y control de la inversión publicitaria... no presta ni ha prestado servicios de monitoreo en ... Panamá..." agregando que "... el grupo económico al cual pertenece cuenta con una amplia experiencia internacional en la prestación de ese tipo de servicio y estaría en la capacidad de brindarlo en Panamá con un alto grado de eficiencia y a precios competitivos, aún cuando su principal actividad económica desde 1995 es el servicio de *rating*, ... claramente distinguible del de monitoreo" (fs.4977); *rating - people meter* - que hace referencia a la audimetría o procedimiento por el cual se miden la audiencia televisiva.

Otro elemento a destacar en este estudio es la



5383

constitución, estructura y funcionamiento de la ASOCIACION PANAMEÑA DE AGENCIAS DE PUBLICIDAD (APAP). Con tal propósito, la resolución de mérito, señala con fidelidad, que los estatutos de la **APAP** indican que es de interés privado, sin fines de lucro y con personería jurídica, cuya finalidad es la de agrupar a las diferentes agencias con el objetivo de desarrollar la actividad publicitaria de conformidad con principios éticos. También se copian los deberes y derechos de los asociados a partir de los Estatutos contenidos en la Escritura N°59 de 4 de enero de 1996, entre los que se destacan, el cumplimiento de los Estatutos y Reglamentos de la Asociación, el Código de Etica, los Acuerdos de la Junta Directiva o General y las Reglas para el ejercicio de la Publicidad; el pago de la cuota fijada de asociación; el desempeño eficaz de los cargos o comisiones que se le confieran; enaltecimiento, a través de propaganda, de la asociación y de sus componentes; y el pago de los servicios comunes aprobados debidamente. En lo que corresponde a los derechos de los asociados, éstos se resumen a los derechos políticos, el uso de las instalaciones de la Asociación y cualesquiera beneficios obtenidos por la misma entidad.

Referente al grado de participación en esta contienda judicial en sede de competencia, de las sociedades **INSIGHT ADVERTISING, S.A.,** y **QUIMICA-PUBLICIDAD, S.A.,** avala esta Magistratura la postura de la Juez A Quo en lo que toca a que fue probado, a través de medios impresos y dictámenes periciales insertos en el cuaderno que, pese a que las



5304

sociedades **INSIGHT ADVERTISING, S.A.**, y **QUIMICA-PUBLICIDAD, S.A.**, no mantenían contratos con **CIP** para el 30 de abril de 2003, sí participaron activamente en la concertación referida a las medidas de cancelación del contrato con **CIP** y el nuevo acuerdo con **IBOPE-TIME**; cancelación esa que el resto de las agencias procedieron a comunicar durante los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002; por lo que, a juicio de este Despacho, las alegaciones respecto a **INSIGHT ADVERTISING, S.A.** y a **QUIMICA PUBLICIDAD, S.A.**, vertidas en la sustentación del recurso vertical por sendos letrados con la finalidad de sustraer a las mismas de las resultas de este proceso, no cuentan con el menor sustento legal.

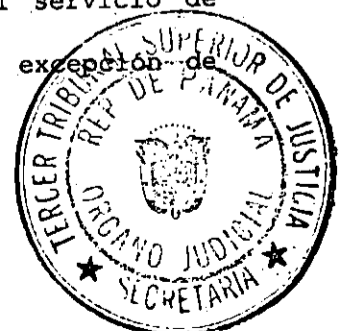
Documentos de gran soporte legal, lo constituye el **ACUERDO N°PC.153-03** de 1 de abril de 2003 emitido por la otrora **CLICAC**, que recoge la servidora jurisdiccional, con meridiana exactitud, y que reproduce, dentro de su estructura y motivación, el " ... Acta Resumen de Reunión de APAP de 15 de octubre de 2002 en el cual se tomaron varias decisiones: contratar colectivamente con IBOPE aún cuando los contratos serían firmados individualmente por cada agencia con IBOPE; ... condiciones generales e impedimento de IBOPE TIME para suministrar el servicio a las agencias no afiliadas a la APAP (salvo su aprobación), el porcentaje de aumento anual que se realizaría durante la relación contractual, la necesidad de fijar la fecha para la terminación de los contratos con CIP, el tiempo de duración de los nuevos contratos, entre otras cosas." (fs.774 y 4982); el correo electrónico de 23 de octubre de 2002 enviado por la APAP a la <<industria>> - conformada por las publicitarias y medios de comunicación - citando a una reunión el día 25 de octubre de 2002 para discutir la fecha de finalización de



5387

los contratos suscritos con **CIP** y la firma de la nueva contratación con **IBOPE TIME**; el Acta de APAP de 25 de octubre de 2002 (fs.824), que consignó que todas las agencias de publicidad debían enviar una carta a **CIP** a más tardar el 31 de octubre de 2002, comunicando su cesación en la contratación a partir del 1 de mayo de 2003; el paquete por rating y monitoreo, con la advertencia de la importancia de cumplir con lo acordado y el correo electrónico de 30 de octubre de 2002 en que se informa a **IBOPE TIME** que la COMISION DE MONITOREO de la **APAP** la había elegido para darle el contrato de monitoreo (fs.4982-4983)

Se confirma, sin lugar a dudas, que bajo el *paraguas* de la **APAP**, las agremiadas adoptaron decisiones que incidían en la contratación de los servicios de monitoreo de la inversión publicitaria y que podían afectar los intereses económicos futuros del *incumbente*. Las deposiciones de los testigos y declarantes resumidas en la sentencia de instancia dan cuenta del servicio de monitoreo que ofrecía **CIP** a las demandadas; de la comunicación del incremento en los precios del servicio por efectos de una "... restructuración en el mercado por razón del surgimiento en el año 2001 de las centrales de medio en nuestro país..." (fs.4990-4991), de la "licitación" y las reuniones previas y posteriores de la misma; la historia de **CIP** dentro del servicio de monitoreo; la consignación de las sumas supuestamente obtenidas por la empresa demandante en los años fiscales pertinentes y los ingresos que para **CIP** representaban las agencias de publicidad, en los siguientes términos: "... CIP era la única empresa que prestaba el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria en ... Panamá; con excepción de



5388

QUIMICA PUBLICIDAD S.A.,... INSIGHT ADVERTISING... y GENESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A.,... el resto de las demandadas, mantenian contratado el servicio de monitoreo que brindaba CIP; APAP agrupaba a las sociedades demandadas y en esta sede se llevaron a cabo reuniones ... como grupo empresarial ... decidieron la cancelación de los contratos por el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria con la empresa CIP para, en su lugar, contratar este servicio con la sociedad IBOPE-TIME, cancelación que se haría efectiva a partir de fecha determinada y decidieron que la comunicación de esta decisión a CIP la haría cada agencia directa e independientemente; con excepción de las sociedades QUIMICA PUBLICIDAD S.A., INSIGHT ADVERTISING S.A., y GENESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A., ... las demás demandadas cancelaron los contratos de servicio de monitoreo con CIP lo cual le comunicaron por medio de notas remitidas los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002" (fs.4994)

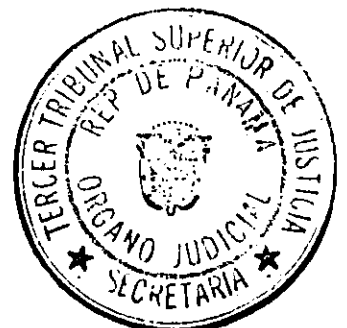
El servicio de monitoreo de la inversión publicitaria dentro de la estructura del mercado panameño, fue estudiada por los Peritos, **MANUEL FERREIRA, RICARDO A. GONZALEZ** y **FEDERICO GUERRA** quienes coinciden en afirmar que esta actividad debe ser prestado por un sólo proveedor - por razones de eficiencia económica - por lo que deviene en un <<monopolio natural>>; que por los posibles abusos en su posición en el mercado, crea las condiciones para que surja un <<monopsolio>> en la Industria que pretende equilibrar las fuerzas antagónicas; sostiene **GONZALEZ** que existen fuertes barreras a la entrada en este mercado. Aclara **GUERRA** que el <<monopolio natural>> es producto de que "... al ser las agencias publicitarias las que colocan las pautas en los medios, ambos tienen interés en comprobar que los anuncios sean efectivamente pautados en la forma y número contratados, de manera que la empresa encargada del monitoreo actúa como especie de juez o contralor porque su palabra es final y acatada por ambas partes en caso de discrepancia o



5307

reclamo sobre la emisión de las pautas" (fs. 4997). En tanto a la convocatoria para la prestación de los servicios de monitoreo de la inversión publicitaria añaden que sólo aquélla que no fuese transparente podría afectar el precio y las condiciones de libre competencia en el mercado.

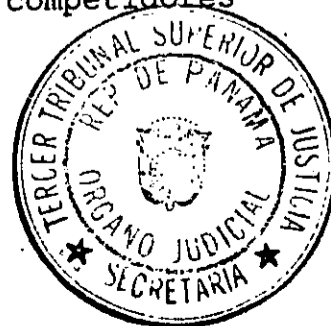
En otra perspectiva se sitúan las opiniones de los Peritos **VIELKA VALENZUELA, MIREYA VASQUEZ, PEDRO ADAMS, GASPAR VASQUEZ** y **REMO ALVARADO**, quienes sostienen que el servicio de monitoreo no tiene que prestarse a través de un sólo proveedor - monopolio natural - y que sería "funcional" (fs.4997, 4999) la obtención del servicio por parte de diferentes proveedores. Informan **MIREYA VASQUEZ** y **PEDRO ADAMS** que la historia enseña que, en épocas anteriores, existían diferentes empresas que prestaban el servicio simultáneamente - en los años 80, **FEDERICO GUERRA, S.A., ARMANDO DIAZ WONG, S.A.**, y **CARLOS MAZO**; en 1991, **CIP** y **MEDIA TRENDS**, en 1996, **ECHONET, S.A.**, y en 2003 está en el mercado **IBOPE-TIME** - ya que la materia que se nutren estas empresas es la "... información de los anuncios publicitarios que está al alcance de todas las interesadas y tiene un costo bajo". Agrega **GASPAR VASQUEZ** que la existencia de varios proveedores del servicio permite verificar la "... certeza de la información..." y comparar "... los precios y la calidad de los servicios..." entre competidores; cuestionando la transparencia de la denominada licitación, por cuanto a que no se indicaron "...los aspectos técnicos de su servicio y precio..." (fs.4999) amén de que la decisión no fue adoptada individualmente por cada agente económico de conformidad con sus necesidades.



57

Resultan antagónicas las posturas de los expertos en la materia en lo que atañe al manejo del monitoreo de la inversión publicitaria. Analizadas las deposiciones y los argumentos que las justifican es criterio de esta Magistrada que, vista la finalidad de la actividad - es decir, la certificación y verificación de que la pauta pagada por un anunciante a las agencias publicitarias fue transmitida con la fidelidad de modo, tiempo y lugar -, resulta del todo lógico y conveniente para el mercado comprador del servicio, contar con un sólo proveedor, de tal manera que éste sea como una especie de <<árbitro>> ante posibles disputas entre los participantes de la relación comercial publicitaria, y que sea una sola decisión, la final y definitiva, la que zanje las diferencias planteadas entre los agentes en conflicto.

Bajo ese entendimiento, el relato de la propia demandante **CIP** y confirmada por otros elementos probatorios dan cuenta de que, si bien en algún momento histórico, el mercado contó con la participación de varias empresas en esos menesteres, lo cierto es que **CIP**, por su desempeño y las características propias del mercado, fue desplazando a sus competidoras, quedando como única proveedora, en un monopolio natural - no se cuestiona a **CIP**, en posición de monopolio desde el punto de vista legal (cfr. art. 9, L/29/96), ya que ésta fue obtenida sin mediar prácticas anticompetitivas prohibidas por Ley -, que supo mantenerse sola en el mercado por varios años, en armonía y sin generar mayores conflictos entre los agentes participantes de este segmento del mercado. Su memoria histórica, su videoteca y software fueron factores determinantes en la falta de incentivo de otros competidores



en participar de esta actividad, amén de que la industria publicitaria mantenía la fidelidad, ante un ambiente estable y de compromisos mutuos.

Puede sostenerse - como bien lo han expresado las partes y constituye también la posición de la A Quo - que el mercado de compra de servicios de monitoreo de inversión publicitaria es un verdadero <<monopsolio>>, dada las características que convergen - número de empresas, grado de uniformidad en el servicio, facilidad de ingreso de las empresas al mercado y cantidad de demandantes del servicio -, en el cual un sólo vendedor negocia con un sólo comprador, detentando cada extremo de la relación comercial, cierto poder de negociación.

Con la finalidad de poder ponderar el alcance de la conducta imputada a las demandadas, bajo la premisa de que acordaron, convinieron, se combinaron o arreglaron para la manipulación, concertación y/o fijación del precio de compra del servicio de monitoreo de la inversión publicitaria en el mercado en que se adquiere este servicio, restringiendo de manera prohibida e ilícita la competencia y constituyendo esta conducta una práctica monopolística absoluta, habría que examinar si los acuerdos concertados en las reuniones citadas en razón de la convocatoria, fechadas 29 de abril de 2002, 15 de octubre de 2002, 25 de octubre de 2002 y la propia licitación, dan cuenta de ser conductas prohibidas por la norma de defensa del mercado, por cuanto a que restringieron efectivamente la competencia. Conceptos como <<competencia por el mercado>> vs <<competencia en el



534

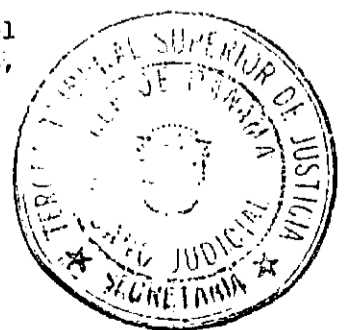
mercado>>>; características de la convocatoria privada para la prestación del servicio de monitoreo, serán los aspectos más relevantes que deberán ser analizados para desatar esta controversia, bajo nuestra perspectiva.

Como elemento obligatorio de lectura y consulta, respecto a la normativa que regula los hechos endilgados a las demandadas; es decir, la conducta restrictiva a la competencia, precisa esta Magistratura el artículo 290 de la Constitución Nacional de Panamá, contenido en el Título X, LA ECONOMIA NACIONAL; así como también el artículo 5 de la Ley N°29 de 1 de febrero de 1996 - que establece una prohibición general de restricción a la competencia y concurrencia - y el numeral 1 del artículo 11 de la referida Ley N°29 - que prohíbe la fijación de precios producto de carteles o actos colusivos entre competidores y las reputa como prácticas monopolísticas absolutas - preceptos estos vigentes a la fecha en que se imputan acaecidos los hechos restrictivos de la competencia.

Artículo 290, Constitución Nacional: "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 de público... "

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;

...

La visión académica del problema fue analizada con profundidad y minuciosidad por el Doctor **MAURICIO VELANDIA**, experto en el área del Derecho de la Competencia, en una obra jurídica de reciente data, **DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMO**, en donde desarrolla los aspectos referentes al mercado, la competencia, las prácticas comerciales restrictivas, la competencia desleal y el derecho de consumo. Así pues, el Doctor **VELANDIA** nos informa que "La competencia es el enfrentamiento de las empresas por la clientela...Se trata de luchar por ser escogido, de ganar" (Op. cit., UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Colombia, Primera Edición, diciembre de 2008, pág.43), siendo el bien tutelado en esa competencia en el mercado, la salvaguarda de "...asuntos de interés general como es... la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y... la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía" (Idem., pág.51). Y señala que, conociendo que resulta "... inapropiado alterar las normas de oferta y demanda, el derecho, como ordenamiento positivo y por ende obligatorio para los particulares, retoma estos fundamentos y los plasma en normas jurídicas cuyo contenido representa un deber ser para los comerciales, y los expone por su violación a consecuencias jurídicas que generalmente son sanciones y prohibiciones" (Ibidem., pág.67)

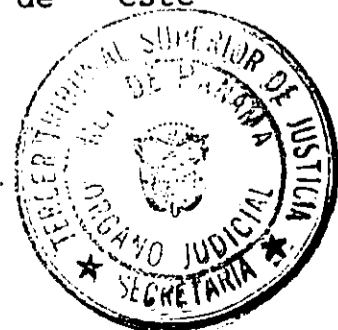
En tanto a los comentarios sobre la legislación colombiana que regula la materia de la competencia y que se asemeja a la nacional, señala que las prohibiciones generales contenidas tanto en la norma de normas, como en los cuerpos legales que la desarrollan, sólo pueden cobrar vigencia cuando los supuestos listados de otras



5394

disposiciones no regulen el comportamiento como restrictivo, siguiendo el principio de la especialidad legal que también rige en nuestro sistema jurídico. (cfr. art. 14/Código Civil panameño: Reglas de Hermenéutica Civil) "En la gran mayoría de legislaciones de competencia existe una prohibición general de competencia, que viene a sumarse a los supuestos enunciativos, como una forma de mantener viva la prohibición sobre supuestos que el legislador no pudo evidenciar bajo las normas enunciativas.... El primer comentario que resulta a esta prohibición general es que esta sólo opera cuando los enunciativos... no regulen ese comportamiento como restrictivo. Esta debe ser la conclusión, puesto que el principio de especialidad de las normas que rige nuestro derecho así lo indica. De esta manera, si un comportamiento encuentra adecuación típica en normas especiales, la prohibición general quedaría relegada frente a esa norma particular. Por tanto, la prohibición general fue diseñada por el legislador con el objeto de rechazar situaciones o comportamiento que alteran o limitan la libre competencia y sobre los cuales no pudo prever de manera particular su realización". (Ibidem, pág.87-88) Y continúa su exposición indicando que tales disposiciones legales responden al "... reconocimiento que hace el legislador de que cuando regula un tema no alcanza a anticipar todos los casos en que el bien jurídico tutelado se encontraría vulnerado. Así pues dispone unos enunciativos pero deja abierta la ventana para que sea castigada la conducta que por medio de un arreglo pueda falsear la competencia. Es una norma que permite que el juzgador aplique la ley respecto de las nuevas formas que se puedan ir presentado (sic)..."(Ibidem, pág.88)

Bajo la premisa de que la conducta colusiva imputada a las demandadas fue la prevista en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley de competencia, revisará esta Magistratura los conceptos emitidos por el maestro **VELANDIA**, en el texto consultado, para obtener un panorama doctrinal de este



5325

aspecto puntual. Dice el autor, en lo que toca a los acuerdos restrictivos de precios, que los arreglos para fijar precio están prohibidos entre competidores, siguiendo la línea trazada por la legislación patria. Agrega que tal proscripción "... tiene como finalidad salvaguardar el principio según el cual el precio que rige en una compra y venta de bienes y servicios deviene de la interacción de las reglas naturales del mercado, así como de las decisiones autónomas de cada empresa. Por tanto, se considera que el arreglo mediante el cual entre empresas arreglan el precio restringe la libre competencia." (Ibidem, pág.90)

Finalmente, en este apartado dedicado a los comentarios doctrinales del Doctor **VELANDIA** en materia de regulación del mercado, por efectos de la pertinencia en el caso, este Tribunal se permite reproducir, las opiniones del jurista en cuanto a los <<arreglos colusorios en licitaciones>>. Y dice, en lo que toca a las convocatorias para la prestación de bienes o servicios que "... la elección por medio de licitaciones es una forma utilizada por entidades públicas y privadas para determinar cuál es la mejor opción del mercado a fin de satisfacer su necesidad. Para ello, mediante un pliego que contiene las especificaciones particulares para el negocio invitan a las empresas que prestan el servicio, vendan o suministren el bien requerido, con el objetivo que presenten sus ofertas y poder así elegir la más adecuada. Es una invitación a competir." (Ibidem, pág.117) Bajo ese contexto y siguiendo el esquema trazado, un pacto colusivo, cuando se promueve una licitación conlleva el ánimo de dañar a un tercero; de manera que la conducta surge para "... desfavorecer a un tercero" (Ibidem, pág.117). Matiza el concepto, agregando el autor, que "No es cualquier conducta la reprochada, pues no debe olvidarse que estamos en presencia de un tema típico de derecho

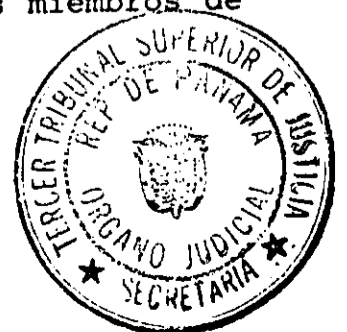


5394

económico, en donde es menester verificar si la participación de los interesados se está viendo afectada por la conducta adelantada por otros. En este sentido, el pacto debe ser esencialmente ese, aquel que tenga la intención de no permitir la libre entrada o condiciones que defrauden a los interesados. Por tanto, el punto relevante recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso o en la licitación" (Ibidem, pág.118) En abono a lo antes expresado, indica que la conducta reprimida dentro de estos actos de invitación pública o privada consiste "... en elaborar unos pliegos que no permitan la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues por medio de estos puede la licitación estar dirigida para que uno de ellos se vea favorecido" (Ibidem, pág.119).

Ahora bien; está registrado en el cuaderno, que las agencias publicitarias demandadas son competidoras entre sí por el mercado de las pautas publicitarias, por lo que, la información que verifica la fidelidad y cumplimiento contractual con sus clientes anunciantes resulta una herramienta sumamente útil y conveniente para sus actividades, para mantener su posicionamiento en el mercado y su imagen empresarial óptima. Por ende, el presupuesto general del artículo 11 de la Ley N°29 queda suplido.

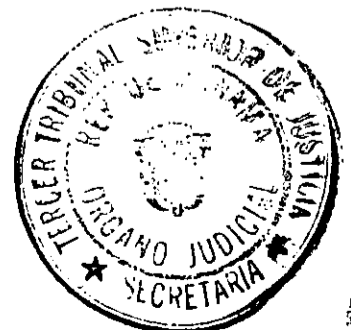
En el asunto imputado de la conducta colusiva de las demandadas en la manipulación o fijación de precio del servicio de monitoreo de la inversión publicitaria, existen un vasto número de piezas documentales, que informan de reuniones sostenidas a lo interno de la **APAP**, de la **COMISION DE MONITOREO** de la **APAP**, incluso Actas de Reuniones de Asambleas Generales, Acuerdos adoptados por los miembros de



5397

APAP, notas cursadas entre la **APAP** y **CIP**; entre **APAP** e **IBOPE TIME**, incluyendo correos electrónicos, todos del año 2002. Este acopio de documentos que aparecen dispersos en el expediente, en los diversos **TOMOS** que se abrieron para el mejor manejo del proceso, también fueron nuevamente allegados a los **TOMOS III** y **IV** (cfr. Reunión 5 de diciembre de 2002 (fs.766-769); Reporte Conferencia IBOPE TIME 29 de octubre de 2002 (fs.770); Reunión de 25 de octubre de 2002 (fs.771-772); Asamblea General APAP de 15 de octubre de 2002 (fs.773-777); Reunión COMISION DE MONITOREO de 19 de agosto de 2002 (fs.778-780); COMISION DE MONITOREO de la APAP de 12 de agosto de 2002 (fs.781-783); COMISION DE MONITOREO de 15 de mayo de 2002 (fs.784-786); Reunión con CIP/APAP de 21 de enero de 2002 (fs.787-788); Reunión APAP con IBOPE de 21 de enero de 2002 (fs.791-792); Carta de Cesación de los Contratos con CIP (fs.793, 794, 796, 797, 798, 799, 800, 884, 886, 887-892, 893, 896-898, 899-900, 901-902, 937, 938, 951, 953, 956, 957, 959, 960, 961, 965-970, 972 y 1230-1232); Reunión de COMISION DE MONITOREO con APAP con CIP de 13 de mayo de 2002 (fs.991-993); Reporte de Reunión COMISION DE MONITOREO de 29 de abril de 2002 (fs.994-996); Reporte de Reunión COMISION DE MONITOREO de 25 de abril de 2002 (fs.997-998, 1116, 1117-1118, 1119, 1126-1127, 1142-1145, 1146, 1149, 1277, entre otros). La lectura de todos estos impresos revelan que - frente al alza de precios que pretendía imponer **CIP** unilateralmente a las demandadas - en una época de recesión económica - pero bajo la justificación por parte de **CIP** de la aparición de la **CENTRALES DE MEDIOS** y piratería y que tenía como connotación especial que, de no aceptarse la decisión, **CIP** eliminaría el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria a la industria - **APAP**, en el seno de sus agremiados, propuso buscar otras alternativas en el mercado, para así contrarrestar la inminente escalada de precios que impondría **CIP** a las agencias publicitarias; dada la imposibilidad de arribar a acuerdos que respetaran los intereses de cada parte.

Dan cuenta también los elementos impresos detallados, que **APAP** - ante la situación antes descrita - conformó una **COMISION DE MONITOREO** con el propósito de evaluar el tema y



5398

tomar las medidas pertinentes. Se hizo un llamado - en primer lugar - a dos empresas extranjeras competidoras de **CIP** que suministraban el servicio de monitoreo y el *rating*; **IBOPE TIME** (Brasil) y **SERVICIOS COMPUTARIZADOS** (Costa Rica).

Confirma el expediente que, conocido este hecho por parte de **CIP**, la empresa solicitó a la industria la posibilidad de participar en lo llamada *licitación*, siendo aceptada su petición y brindándole las mismas oportunidades de competencia, con el conocimiento previo de que, quien resultara favorecida en esta convocatoria, suscribiría con los participantes de **APAP** contratos por el término de tres (3) años. Es más, da fe el *dossier* que **CIP** fue una de las dos (2) clasificadas en la fase inicial, por lo que fue sometida a un segundo escrutinio junto con **IBOPE TIME** - debían responder ciertas preguntas que se les formularon con anterioridad -, con la finalidad de que **APAP** pudiese verificar, las dos propuestas y determinar la que ofrecía mejor tecnología y menor precio. Los documentos insertos en el cuaderno despejan cualquier duda de que las oportunidades de las tres (3) participantes fue similar y que hubo transparencia en el proceso - incluso se permitió a **CIP**, fuera de término y con una oportunidad adicional respecto a las demás, modificar su propuesta original pues no contaba con el servicio *on line* - y que la intención de la **APAP** y de sus miembros no refleja el ánimo de perjudicar a **CIP**, sino pretendía procurar adquirir una mejor oferta dentro del mercado de prestación de servicios de monitoreo.

Frente a todos estos acontecimientos debidamente



5399

documentados en el *infolio*, resulta ajustado a la verdad que, si bien no contó la convocatoria con un pliego formal de peticiones o requisitos, la selección del mejor fue producto de una verdadera competencia por el mercado del servicio de monitoreo, pues no hay pruebas que señalen que la industria publicitaria tenía intereses en participar activamente en ese rubro de servicios, sino que, por el contrario, era usuaria del mismo. Habría que recordar que la competencia de las agencias publicitarias, entre ellas, está centrada en el mercado de la captación de clientes-anunciantes y que no participó, como oferente ni directa ni indirectamente, dentro de la convocatoria para la prestación del servicio en disputa.

En tanto a la alegada colusión de las demandadas con la finalidad de manipular o fijar precios dentro de la convocatoria, no existe documento que acredite tal afirmación y la propia licitación y competencia entre las oferentes es fiel en constatar que la oferta ganadora fue la que presentó mejor precio y mejor tecnología; demostrando el expediente que tal convocatoria desató una verdadera guerra entre las competidoras, **CIP** y **IBOPE TIME**, para obtener la prestación del servicio - competencia por el mercado -.

Un aspecto que debe ser comentado es el asunto de la decisión adoptada por la **APAP**, en el seno de la **COMISION DE MONITOREO**, una vez confirmada cuál sería la empresa que supliría los servicios de monitoreo; a la sazón, **IBOPE TIME**. Llegado ese momento, **APAP** procedió a plantear a las

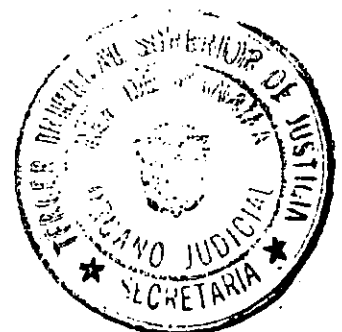


5400

agremiadas el procedimiento a seguir respecto a **CIP**, ya que había que consultar los acuerdos vigentes entre ellas y proceder con el pre-aviso de la cancelación de la relación comercial. Advierte quien suscribe que, resulta importante puntualizar que las comunicaciones de finalización de la relación de las agencias publicitarias con **CIP** se produjeron, luego de determinarse la empresa que prestaría los servicios, por no haber sido ella, la favorecida.

Observa esta Magistratura que el carácter ilícito de las prácticas monopolísticas absolutas definidas en el artículo 11 de la Ley N°29, no son compatibles con la posibilidad de elevar una defensa so pretexto del infractor de que no se infirieron efectos económicos lesivos a un competidor o posibles competidores o a los consumidores, sino que tal comportamiento será reputado como ilícito per se, una vez probada su adecuación a las características tipificadas en la norma aplicable (cfr.art.10/Ley29/96). Empero no encuentra quien suscribe ninguna prueba que indique que las demandadas - en su derecho de consultar o adoptar medidas en conjunto para concertar una convocatoria a la prestación de un servicio, en donde son usuarias del mismo - infringieron las disposiciones legales que regulan la materia.

Especial análisis para el debate que se sostiene resulta ser el **ACUERDO N°PC-1867-05** de 24 de agosto de 2005 proferido por el **PLENO DE LOS COMISIONADOS de la COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)** por cuanto a que, si bien ha sido objetado por las demandantes



3401

su estimación - alegan en sus escritos de oposición al recurso vertical, que no debe ser valorado por efectos de que las empresas investigadas dentro de ese expediente no forman parte de este proceso y que no obedecen las circunstancias ni a hechos similares; amén de que no debe resultar vinculante la decisión ni consideraciones de la entidad administrativa defensora de la competencia -, lo cierto es que esta prueba, traída en segunda instancia, sí revela que la decisión administrativa tiene su sustento en documentación similar a la que se ha analizado en los párrafos anteriores; por lo que, a continuación se reproduce: "El 10 de septiembre de 2002 la Comisión, a través de una denuncia que presenta la empresa Servicio de Monitoreo y Controles de Inversión Publicitaria, S.A., ...adquirió conocimiento de la existencia de un posible acuerdo entre los medios de comunicación televisivos... quienes a través de la Asociación Panameña de Agencia Publicitarias presuntamente resolvieron acordar la manipulación, concertación o imposición del precio de compra del servicio de control de inversión publicitaria... Tal investigación (la abierta en contra de las agencias publicitarias) arrojó como resultado el convencimiento de esta Entidad Estatal de que tales empresas publicitarias se enmarcaron dentro de lo estatuido en el artículo 11 numeral 1 de la Ley 29 de 1996, debido a que las investigadas, competidoras a nivel horizontal en un mismo mercado, se combinaron, convinieron, arreglaron y/o acordaron realizar una serie de acciones con miras a la negociación conjunta para la compra del servicio de monitoreo de inversión publicitaria, siendo que la tarifa o precio logrado, aplicable de manera homóloga a toas las agencias miembros de APAP, no es el resultado de la fijación de precios libremente determinados por las fuerzas del mercado, sino que es producto de la concertación, manipulación y/o concertación del mercado para el logro de las tarifas que estimen las investigadas que pagan por el correspondiente servicio de monitoreo de inversión publicitaria... Es por ello que mediante providencia fechada 1 de julio de 2003...se ordena emitir copias autenticada de los documentos... " y se listan los

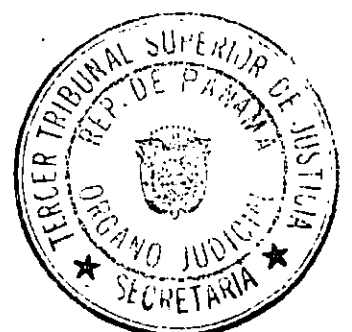


5102

mismos documentos que han sido analizados en este proceso por prácticas monopolísticas que se le sigue a las agencias publicitarias. "De las anteriores pruebas podemos destacar los Reportes de Reunión de la Comisión de Monitoreo, donde se observa factualmente la participación de los diferentes medios de comunicación televisivos..." - (fs. 5179-5186).

Resulta evidente que, tanto las pruebas que se estimaron para arribar a la conclusión de ordenar el archivo de la investigación administrativa abierta en contra de las televisiones, como las conductas imputadas a las agencias publicitarias son idénticas a las que se le endilgaron a las televisoras; es decir, la práctica restrictiva de la competencia en la modalidad del numeral 1 del artículo 11 de la Ley N°29. Incluso coinciden los medios de comunicación televisiva investigados, como las agencias publicitarias, en ser competidoras entre sí en la actividad que despliegan, siendo también usuarias de los servicios de monitoreo. Hechos probados en esta investigación y en el proceso judicial que se le sigue a las publicitarias revelan que las televisiones fueron invitadas y participaron activamente en la toma de decisiones de la **APAP**, en el asunto que se debate, en la convocatoria y selección de **IBOPE TIME** para el suministro del servicio. Todos estos comentarios y evidencias mueven a esta Magistratura a considerar valiosa la posición de la otrora **CLICAC** frente a los acontecimientos antes citados.

Así pues, luego de un estudio de las pruebas trasladadas del expediente que se le seguía a las publicitarias - por



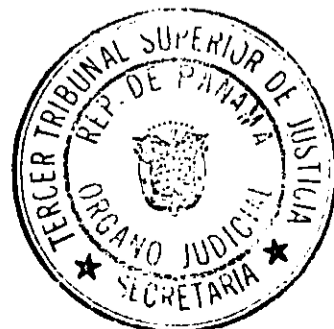
9103

haber participado activamente las investigadas televisoras en los hechos que se le imputaban a las agencias publicitarias y habérseles endilgado los mismos cargos de conductas anticompetitivas; es decir, colusión en la fijación de precios o manipulación del mercado - la otrora **CLICAC**, en el referido **ACUERDO N° PC-1867-05** de 24 de agosto de 2005 expone, con claridad meridiana, los siguientes criterios que, por lo puntual y pertinentes al presente proceso, quien suscribe se permite copiar; no sin antes expresar su total adhesión a los juicios que se consignan:

"La necesidad de vincular el encabezado del artículo 11 de la Ley 29 con las acciones de sus numerales para que se puede (sic) configurar una práctica monopolística absoluta, permite observar que lo prohibido no es que competidores entre sí se coordinen para tomar decisiones comunes de mercado, lo prohibido es que a partir de ello afecten el proceso competitivo vía cualquiera de las acciones establecidas en sus numerales. En ese sentido es legítimo que competidores se coordinen para convocar un proceso de competencia por el mercado, porque con ello en principio no afectan el proceso de competencia como tal, sólo se estaría cambiando la forma en la que se produce la competencia, lo que en ocasiones, como se mostrará, no sólo es posible sino deseable en términos de bienestar.

Se concluye luego que las decisiones coordinadas entre agentes económicos competidores o potenciales competidores entre sí que no tengan por objeto o efecto cualesquiera de las condiciones establecidas en el artículo 5 y en los numerales del artículo 11 no pueden ser consideradas prácticas monopolísticas absolutas, aún cuando ello implique un cambio en la forma de competir, en este caso cambiando la competencia en el mercado por una competencia por el mercado ... Es por ello que el hecho de que IBOPE TIME (Foja 100, tomo 2 del expediente) haya establecido como condición de participación que la demanda fuese de la industria no es determinante en el análisis de la práctica porque ello no era garantía de que fuese el proveedor elegido.

Al decidir conjuntamente los demandantes del servicio realizar una convocatoria de libre competencia para elegir al proveedor del servicio se elimina la competencia en el mercado entre los proveedores del servicio, no obstante, en principio, la competencia como proceso en la comercialización del servicio de monitoreo de inversión publicitaria no se ve afectada negativamente, sólo es reemplazada por la competencia por el mercado. Lo que resguarda el artículo 11 es que competidores coordinados no afecten el proceso de competencia que se produce en el mercado cuando se opte por este tipo de



5704

competencia o cuando se opte competir por el mercado.

Lo que sigue es analizar si a partir de la convocatoria conjunta de libre concurrencia para elegir al proveedor del servicio de la cual los medios televisivos investigados forman parte se tenía por objeto o efecto de fijar, manipular, concertar o imponer el precio de compra del servicio de monitoreo de inversión publicitaria o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

Desde un punto de vista conceptual el proceso convocado es una subasta ... institución de mercado que cuenta con un conjunto explícito de reglas que determinan la asignación de recursos y los precios basándose en las pujas presentadas por los participantes ... En el caso que se investiga, la subasta es para adquirir un servicio, donde el subastador en el colectivo de los medios televisivos y los postores son los proveedores de control de inversiones publicitarias participantes. La introducción de una subasta no es un mecanismo que tiene por finalidad eliminar la competencia como proceso resguardada en el artículo 11, al considerar a la competencia como el medio idóneo para lograr la asignación de recursos de forma eficiente. La subasta lo que hace es cambiar la forma de competir, pasando de una competencia en el mercado a una competencia por el mercado, en el que dadas las características del servicio intercambiado (servicio de control de inversión publicitaria) resulta ser lo más eficiente para los demandantes del servicio en relación a la eficiencia derivada de competir en el mercado en la cual resulta más económico que la demanda sea atendida por un solo proveedor que por dos o más.

...

La competencia por el mercado no afecta la libre competencia ni la libre concurrencia en la medida en que no se limite la entrada a potenciales subastadores si se cumplen con los requisitos establecidos en el pliego de cargos propuestos por el subastador y en la medida en la que los pujadores o el subastador no realicen prácticas monopolísticas que afecten la competencia.

...

En resumen la producción del servicio de monitoreo de inversión publicitaria está caracterizada por la existencia de economías de escala, es decir, con la tecnología vigente el costo medio de producción del servicio es decreciente en el rango relevante de la demanda, por lo que no es eficiente desde el punto de vista productivo que la demanda sea atendida por más de una empresa porque al nivel de demanda los costos medios de producción aumentarían.

En conclusión, son las propias características de costos de la producción del servicio aunado a la facilidad de lograr un servicio estandarizado lo que deja en evidencia por qué es más eficiente la competencia por el mercado que la competencia en el mercado.

Siendo que quien convoca a un proceso de



9105

competencia para la compra o venta de un bien no oferta, es el análisis del diseño de la convocatoria al proceso de libre competencia y concurrencia para asignar e (sic) el bien la que permite determinar si quien convoca indirectamente está fijando, manipulando, concertando o imponiendo el precio de compra del servicio demandado. En una convocatoria a este proceso de competencia no transparente es posible afectar el precio de la subasta, al no ser observables las acciones de quién convoca.

...

La CLICAC reconoce que si bien el diseño de la convocatoria a competir por el mercado no fue perfecto (en el sentido de elegir a partir de una sola variable, o establecer ponderadores a cada variable a evaluar), el grado de transparencia observado en el proceso realizado permite afirmar que el proveedor elegido fue quien presentó la oferta más económica por lo demandado, justamente lo que se buscaba con la misma. En el expediente no existe información que permita concluir que producto de actuar coordinadamente los medios televisivos investigados lograron fijar, manipular, concertar o imponer el precio de compra del servicio de control de monitoreo de inversión publicitaria, afectando con ello el proceso competitivo por el mercado.

Se concluye que la convocatoria, de la cual forman parte los medios televisivos investigados, aun proceso de libre competencia y concurrencia para proveer el servicio de monitoreo de inversión publicitaria no tiene como objeto o efecto influir en el proceso de compra del servicio en referencia en algunas de las formas establecidas en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 29, es decir, los medios televisivos investigados no afectaron el proceso competitivo convocado, por lo que la misma no constituye una práctica monopolística absoluta.

...

El mandato de la comisión de monitoreo de informar a CIP sobre el interés de la industria de no renovar la contratación, es luego de que la industria producto del proceso de competencia por el mercado elige a IBOPE como proveedor del servicio de control de monitoreo de inversión publicitaria" (fs. 5179-5186).

Como último aspecto a abordar en este proceso en Sede de Competencia, respecto a la ocurrencia de daños, confirma el expediente que la empresa **CIP** no está prestando los servicios de monitoreo de la inversión publicitaria y que mantiene sus bienes muebles propios de la actividad en un depósito de la localidad.

