



AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN A-042-08
De 01 de Agosto de 2008

*“Que resuelve el Recurso de Apelación presentado por la empresa **Distribuidora de Gases Industriales, S.A.** dentro del expediente administrativo sancionatorio por la comisión de prácticas monopolísticas absolutas”*

El Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en uso de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

El Director Nacional de Libre Competencia, previa declaratoria de la existencia de prácticas monopolísticas por los tribunales competentes, sancionó con multa de cien mil balboas a un grupo de empresas que se habían concertado para participar en una licitación pública

La resolución mediante la cual el Director Nacional de Libre Competencia en ejercicio de sus funciones, resuelve sancionar a los agentes económicos, es la resolución **DLC-06C-016-08** de 27 de mayo de 2008. La representación judicial de Distribuidora de Gases Industriales, S.A. interpuso, en tiempo oportuno, recurso de apelación contra la Resolución antes mencionada.

II. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECURSO

Tomando en cuenta la estructura jerárquica de la ACODECO, la cual cuenta con dos direcciones, una que le corresponde conocer de los asuntos relacionados con la Protección al Consumidor y la otra, tiene atribuciones en materia de Defensa de la Competencia, siendo el superior de ambas direcciones el Administrador General, es a quién por Ley le corresponde funcionalmente conocer de los recursos administrativos (Cfr. Artículo 96 No. 11 de la Ley 45 de 2007)

En el caso que nos ocupa se trata de una resolución dictada dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio, en materia de prácticas monopolísticas. Proceso que tiene como presupuesto para su inicio, la existencia de una resolución judicial que resuelva declarar que determinada o determinadas empresas han incurrido en la realización de prácticas monopolísticas prohibidas por la Ley.

Una vez se tiene conocimiento que los tribunales de justicia competentes han dictado sentencia declarativa en la cual se reconoce la pretensión incoada por la ACODECO (antes CLICAC); y que dicha resolución se encuentra en firme y ejecutoriada, le corresponde a la Autoridad, por medio de la Dirección de Libre Competencia en primera instancia (art. 98 No. 5 y 99 No.2 de Ley 45 de 2007), imponer las sanciones pecuniarias a que hace referencia el artículo 104 de la Ley 45 de 2007(Antes 112 de la Ley 29 de 1996).

Para la imposición de la sanción el Director Nacional debe tomar en cuenta los parámetros prevista en el Artículo 104 de la Ley. Sin embargo, como el caso que nos ocupa se trata de una práctica que fue cometida, investigada y demandada al amparo de la Ley 29 de 1996, la sanción aplicable a los agentes económicos declarados culpables, es la vigente al tiempo de la comisión de la práctica, es decir, el artículo 112 de la Ley 29 de 1996.

Todo lo anterior, sirve para demarcar el ámbito competencial objetivo de esta autoridad en funciones de grado superior, ya que sólo nos corresponde conocer de la alzada en relación con las materias propias del procedimiento sancionatorio, teniendo que inhibirnos necesariamente de entrar a resolver sobre puntos contenidos en el medio de impugnación que no guardan relación con la multa que es el objeto de este procedimiento, y mucho menos sobre temas que fueron debatidos en sede judicial y que ya fueron evaluados por el juzgador. Finalmente, en este tema, nuestras atribuciones pudieran suponer la modificación o reforma de la resolución impugnada, mas no su revocatoria, en el aspecto de fondo, ya que ante la existencia de un procedimiento sancionatorio, que tiene como pre-requisito de validez una sentencia judicial que reconoce la comisión de prácticas monopolísticas, de conformidad con la ley aplicable en el tiempo, había una multa mínima y otra máxima, por lo cual nuestra competencia no puede implicar la exoneración de la multa.

III CONTENIDO DEL RECURSO:

En este aparte hacemos una breve síntesis de las argumentaciones vertidas por el recurrente en el memorial que contiene el medio de impugnación vertical, interpuesto contra la resolución.

Censura el recurrente la calificación que hace resolución impugnada, en cuanto a que la conducta realizada es grave porque se aplica a un acuerdo horizontal que trastoca la competencia, de allí que el ilícito administrativo se sancione sin atender a la efectiva validación de la afectación al mercado. Indica que el análisis de las dos afirmaciones, claramente revela que son conclusiones contradictorias entre si y que además la sentencia del Tercer Tribunal Superior de Justicia no autorizó a la Autoridad a imponer sanción o penalización pecuniaria en concepto de daños y perjuicios.

Sobre este punto de la censura es menester hacer un tanto de docencia ya que las argumentaciones del recurrente merecen algunas aclaraciones.

En materia de prácticas restrictivas de la competencia, existen varios sistemas de control o defensa, algunos son totalmente administrativos, los cuales están compuestos por funcionarios de la administración que realizan los roles de instruir o investigar, resolver sobre la existencia o no de la práctica y sancionar. Por otro lado, están los sistemas de tribunales administrativos, que previa investigación por un fiscal o funcionario de instrucción, resuelven y sancionan por dichas prácticas.

En los dos casos antes mencionados estamos ante el control o defensa de la competencia de corte eminentemente público, donde lo que se tutela es el libre mercado como valor supremo de la colectividad, y que en caso de verse afectado por distorsiones propiciadas por los agentes económicos, dicha afectación nos afecta a todos como miembros de esa colectividad. Esto se conoce como aplicación pública o estatal de la defensa de la competencia. Hasta ahora, no están involucrados particulares exigiendo un resarcimiento derivado de una práctica monopolística, ya que cuando se da esto último estamos en presencia de lo que se conoce como aplicación privada.

En los sistemas de corte administrativo puro, la aplicación privada de la defensa de la competencia esta asignado a entes jurisdiccionales, que conocen del tema con fines puramente resarcitorios, previo declaratoria de la existencia de la práctica restrictiva por los entes administrativos (*mutatis mutandi* lo que ocurre con las acciones civiles derivadas del delito). Y también hay los casos de aplicación paralela, como el nuevo Sistema Español, introducido con la Ley 15 de 2007, en donde la autoridad administrativa, investiga, resuelve y sanciona, los asuntos en aplicación pública, y los tribunales de lo mercantil tienen competencia judicial para resolver los conflictos de interés privado por practicas restrictivas de la competencia económica (aplicación privada), pudiendo el tribunal suspender el proceso hasta tanto se resuelva el tema en sede administrativa. Pero en todo caso es opcional.

Nuestro sistema de control y defensa de la competencia, tiene naturaleza híbrida en varios sentidos, por un lado, en cuanto a la naturaleza de las distintas autoridades que intervienen en el proceso de control, así como en relación con las formas de aplicación.

En cuanto a la naturaleza de las entidades, e incluimos aquí el momento en que intervienen tenemos que para instrucción o investigación, participa una entidad de corte administrativo, la cual a su vez está legitimada para accionar en sede judicial por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, ya que el rol de resolver sobre la existencia o no de dichas prácticas corresponde a entes judiciales. Y luego, si en sede judicial se declara que ocurrió la práctica demandada, la entidad administrativa que investigó y demandó, tiene la potestad de aplicar las sanciones o multas que señala la Ley. (todo esto como aplicación pública)

La sanción que impone la autoridad administrativa (ACODECO), previa declaratoria judicial de la existencia de la práctica, no tiene fines resarcitorios privados, (aplicación privada). La multa que impone la Autoridad administrativa, es representativa y presume un resarcimiento *erga omnes* a la colectividad representada por el Estado, que se vio afectada indirectamente por la distorsión causada al proceso de libre competencia que debe reinar en el funcionamiento de los mercados.

Ahora bien, si como consecuencia de la realización de una práctica monopolística por uno o varios agentes económicos, se ven afectados los intereses particulares de terceros (agentes económicos o consumidores) y éstos deciden demandar de forma independiente ante los tribunales de justicia o incorporarse como terceros en el proceso promovido por la Autoridad, pretendiendo una indemnización, en ambos casos, desde el punto de vista de los terceros, estamos frente a la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia. Indemnización que es cuantificable y decida por la sede judicial y no por la Autoridad).

Tanto en las demandas presentadas por la Autoridad, como en las que presenten los terceros, interviene para resolver los tribunales de Justicia, la diferencia radica en que la pretensión de la Autoridad es eminentemente declarativa y no de condena. Y la de los particulares persigue tanto la declaratoria de existencia de la práctica, como el resarcimiento de daños y perjuicios particulares que pudieran derivar de la misma. Sobre este tema ya los tribunales competentes se han pronunciado al señalar que para reclamar los daños y perjuicios de los particulares afectados, la Autoridad carece de legitimación. (ver caso Harinas).

La pretensión de la autoridad es declarativa, por que la misma persigue es la tutela de los intereses públicos, y que luego de reconocida su pretensión en juicio, procede a aplicar las sanciones en sede administrativa. A través de la multa se resarcen de forma representativa los daños ocasionados a la economía de libre mercado, daños que muchas veces son incalculables e irreparables. De allí que la multa tenga carácter representativa por el carácter abstracto de los daños, ya que de poder estimarse los mismos en forma concreta es posible que la multa pudiera considerarse irrisoria frente a la magnitud del daño que el actuar ilícito de los agentes pudo generar.

También censura el recurrente el punto 2 de la resolución, en lo referente al alcance nacional de la práctica cometida por los agentes económicos declarados culpables, considerando que esta afirmación contiene apreciaciones subjetivas y sin sustento.

Este aspecto, fue ya resuelto por los tribunales al juzgar que las coordinación se trataba de licitaciones para suplir de oxígeno médico a todas las policlínicas de la CSS a nivel

nacional, por lo que esta postura, en nada afecta el tema de la sanción contenida en la resolución impugnada.

Igualmente censura el recurrente el punto 3 de la resolución impugnada que se refiere a la Restricción de la competencia y que el oxígeno médico es un bien necesario para salvaguardar la vida humana.

Al refutar este punto incorpora elementos extraños a la discusión sobre la imposición de la multa y cuantificación, al referirse a la utilización de tanque de gas industrial por parte de otra empresa y a la falta de cumplimiento de las reglas de COPANIT, en cuanto al grado de pureza.

Estos elementos no son atendibles en esta instancia, ya que no aportan argumento alguno que preste meritos para modificar la sanción.

Respecto al argumento esbozado entorno a la relación de activos/multa, de la empresa Distribuidora de Gases Industriales S.A., en la cual se menciona por parte del representante legal, que existe una desproporcionada relación, toda vez que tal como se menciona en el punto d) sostiene que: "No alcanzo a comprender por qué razones en este punto de la Resolución hace la sumatoria de los activos de las dos empresas demandadas para concluir que mi representada es participe de un activo total de 12 millones. En los documentos que obtuvo la Clicac y que presentó como prueba, quedo acreditado a las cosas que los activos de la empresa eran de un poco más de 2 millones de balboas y el patrimonio real de apenas un millón de balboas.

Si se hace la relación de los activos es mas o menos de 22 a 1 y respecto del patrimonio es de 10 a 1. Esta desproporcionada relación se produjo, como consecuencia del error incurrido por la Resolución al tomar como si se tratara de una unidad o una sola persona jurídica, a dos empresas que realmente son totalmente independientes. La Resolución no llegó explicar con que fundamento legal se establece esa especie de unidas económica para la responsabilidad por competencia".

Para fijar la multa a los agentes económicos declarados culpables de haber participado en una práctica monopolística, la Autoridad utiliza discrecionalmente los parámetros de gravedad de la falta, el tamaño de la empresa y la reincidencia a que se refiere el artículo 112 de la Ley 29 de 1996. cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 112. Sanciones. *Las infracciones a la presente ley, se sancionarán de la siguiente manera:*

1. *En el caso de prácticas monopolísticas absolutas, con multa de veinticinco mil balboas (B/. 25,000) a cien mil balboas (B/. 100,000);*
2. ...
3. ...
4. ...

Para determinar el monto de la multa que deba imponerse en cada caso, se tomará en cuenta la gravedad de la falta, el tamaño de la empresa, si hay o no reincidencia y otros factores similares”.

Estos parámetros se toman en cuenta, tanto para agravar o atenuar la multa, no obstante, esto no se debe interpretar como que siempre la empresa más grande paga el máximo, y que las otras de menor tamaño, pagan menos por ese solo hecho, ya que es perfectamente posible que la Autoridad, aplicando el parámetro del tamaño de la empresa, conjuntamente con el de la gravedad de la falta, pueda decidir que un agente económico de menos participación en el mercado, sea multado con cuantía similar a un agente económico con mayor participación.

En ese sentido, cuando la Ley hace mención al tamaño de las empresas involucradas en una práctica monopolística, no quiere decir que las empresas van a pagar del mínimo al máximo, simplemente en proporción a su tamaño, y que dependiendo del mercado la empresa mas pequeña necesariamente va a pagar menos multa que la más grande u otra de mayor tamaño.

Por otro lado, también es posible que luego de cometida una práctica monopolística que se considere grave, a todos los participantes de la misma se le deba imponer la multa máxima pero que el tamaño de determinada empresa, en determinado mercado, pueda justificar su reducción por muy grave que sea la falta.

Otra situación puede darse tratándose de empresas cuyo tamaño es muy grande y que la gravedad de la falta sea mínima, que por el solo hecho de estar involucrada empresas posiblemente multimillonarias, se pueda sólo atender al tamaño de las mismas e imponer la multa máxima.

Lo que se debe tener claro es que estos criterios o parámetros (gravedad de la falta, tamaño de la empresa y reincidencia) constituyen los límites objetivos dentro de los cuales gira la discrecionalidad del funcionario que tiene la atribución de fijar la multa. Los mismos sirven para impedir que éste en ejercicio de sus funciones pueda incurrir en arbitrariedades.

En el caso que nos ocupa, el funcionario de primera instancia, tomó como parámetros la gravedad de la falta y el tamaño de las empresas involucradas en la práctica monopolística absoluta. En cuanto a este último, ciertamente se hace una sumatoria de los activos de las empresas involucradas; no obstante, ello no implica que tomando por separado los activos de cada una de las empresas sancionadas, se hubiese llegado a conclusiones distintas a las arribó la resolución de primera instancia en cuanto al monto de la multa, ya que en este caso se tomó en cuenta el tamaño de cada una de las empresa dentro del mercado, con independencia de cuál es la de mayor o menor tamaño, sobre todo porque al momento de individualizar el monto de la multa, se desprende de la resolución impugnada, que se ponderó en mayor medida la gravedad de la falta. En este sentido se ha determinado que la gravedad de la falta es alta, dado que se trata de un producto de uso hospitalario y que es fundamental para mantener la supervivencia y calidad de vida de los pacientes que se atienden en los complejos hospitalarios de la Caja del Seguro Social.

En cuanto al punto referente a la conducta realizada por los agentes económicos, que fue descrita en la sentencia No. 59 de 29 de septiembre de 2004 del Juzgado de Circuito Civil de Panamá, el recurrente sólo señala que no contiene elementos objetivos identificables de los que requiere el artículo 112 de la Ley 29 de 1996, para la dosificación de la sanción, además de incorporar un elemento que debió ser censurado ante la sede judicial..

Sobre este punto, sólo debemos aclarar que como no es competencia de la Autoridad Judicial que decide sobre la existencia o no prácticas monopolísticas imponer las multas a los agentes económicos declarados culpables, mal puede dicha sede fijar parámetros para la fijación de la misma. (Recordemos que ellos sólo reconocen indemnizaciones por daños y perjuicios a terceros en esta materia). Amén de que los parámetros los da la propia ley, correspondiéndole al funcionario que la aplica, entrar a ponderar los mismos al momento de sancionar.

También cuestiona el recurrente, la referencia y justificación del daño a la competencia que se explica desde un punto de vista teórico, que según la resolución impugnada "es de dos vertientes: a) la actuación coordinada conduce a la subida de los precios y b) la participación de las licitaciones restringe la participación de competidores, que no podrán competir por todo un año" e indica que no es posible que la resolución atienda aspectos teóricos para concretar un tema tan delicado como los imposición de una sanción en dinero, multa que representa una décima parte del patrimonio de la empresa.

Señala además, que gracias a la supuesta actuación coordinada a que se hace referencia, se produjeron los siguientes hechos: se robusteció la presencia en la CSS del proveedor Cryogas de Centroamérica, S.A., que además obtuvo mayores beneficios que su representada; que la CSS producto de Licitación amañada obtuvo el producto oxígeno más barato; que no hubo subida de precio; que otras empresas pudieron participar en la licitación y no lo hicieron; que el año siguiente Cryogas Centroamérica, S.A. obtuvo la totalidad del mercado de la CSS desplazando totalmente a los otros competidores y esa licitación tuvo vigencia de dos años.

En cuanto al tema del daño teórico resultan válidas las explicaciones vertidas con ocasión del primer punto de la censura, ya que como explicamos, la multa impuesta a los agentes económicos, supone una sanción de carácter pecuniario que permite indemnizar al Estado y a la colectividad por los daños que el actuar ilícito hayan causado al libre mercado como valor supremo tutelado por las normas de defensa de la competencia. Y se le denomina teórico, en función de naturaleza abstracta y la dificultad de su concretización.

Lo que no puede perder de vista el recurrente, es que siempre que haya una declaración judicial sobre la existencia de prácticas monopolísticas los agentes económicos que fueron demandados por la Autoridad van a ser objeto de una sanción, que en nuestro sistema es pecuniaria (al margen de las indemnizaciones que puedan haber por demandas en aplicación privada) y esta multa supone, además de la sanción por ilícito, un resarcimiento del daño teórico (por indeterminable) que su actuar genera.

Por otro lado, en cuanto a este punto el recurrente trae a cuento una serie de elementos referidos a hechos ocurridos con posterioridad a la comisión de los actos demandados, que se refieren a hechos y circunstancias ajenas al tema en discusión, porque no resultan atendibles a los propósitos de la presente resolución.

El numeral 7 de la resolución impugnada, referente a la dimensión geográfica de las afectaciones de la práctica monopolística que motiva el presente proceso sancionatorio, el recurrente se limita a reiterar lo ya señalado a propósito del punto anterior, en el sentido que la CSS obtuvo el producto a un precio menor que en años anteriores y que la empresa Cryogas de Centroamérica, S.A. robusteció y mejoró su posición muy convenientemente.

Por lo que con respecto a este punto, no se adiciona elemento alguno a ponderar que implique una modificación de la sanción contenida en la resolución recurrida.

El último punto de la resolución, manifiesta: “ La sentencia S/N del 28 de marzo de dos mil ocho del Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, en firme, no reconoce los daños y perjuicios causados por lo que esta Autoridad considera pertinente la imposición de una sanción ejemplar” sobre éste, el recurrente señala entre sus argumentaciones pertinentes, las siguientes:: La sentencia del tribunal Superior no estimó consecuente condenar a daños ni perjuicios, ya que fue una pretensión en discusión, y no hubo prueba alguna al respecto; que el Director aplicó la sanción máxima que permite la Ley, a pesar de que tuvo en sus manos de aplicar una cantidad que guardara la proporcionalidad dentro del rango indeterminado que dispone la norma, es decir entre B/.. 25,000.00 y B/.100,000.00

Sobre este último punto de la resolución impugnada, es conveniente aclarar, que si bien es cierto en la misma se señala que dado que la resolución judicial no reconoce los daños y perjuicios causados, la Autoridad considera pertinente la imposición de una sanción ejemplar, ciertamente, no es necesario que la sede judicial se refiera a daños y perjuicios, para que la Autoridad imponga una sanción ejemplar.

No es necesario o presupuesto para la imposición de una multa, que la sede judicial se haya pronunciado sobre este tema, sobre todo que no es un elemento integrante de la pretensión declarativa incoada por la Autoridad. La sede judicial sólo podrá incursionar en este tema en la medida que exista un proceso planteado por particulares que reclaman además de la declaratoria del ilícito *antitrusts*, el reconocimiento de daños y perjuicios. (aplicación privada). En el caso que nos ocupa, mal podría la esfera judicial haberse referido a este tema, cuando la parte actora del caso, sólo la integraba la Autoridad.

Ahora bien, que quede claro que lo anterior no implica que la sanción no pueda ser ejemplar, ya que tal condición en nada depende de la decisión judicial, la cual en este caso sólo se limita a declarar que existió la práctica monopolística y quiénes la realizaron, siendo esta resolución la que sirve luego de sustento para iniciar en sede administrativa el procedimiento de imposición de la sanción pecuniaria.

Ya en sede administrativa, la Autoridad al imponer debe tomar en cuenta los presupuestos normativos establecidos en artículo 112 de la Ley 29 de 1996 (hoy Artículo 104 de la Ley 45 de 2007), como en efecto se hizo en la Resolución impugnada.

Con base en los argumentos antes indicados y pormenorizados en cada uno de los apartados, lo procedente es confirmar la Resolución impugnada, toda vez que la misma se ajustó a derecho y utilizó los parámetros correctos al momento de imponer el monto de la sanción a las empresa **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**

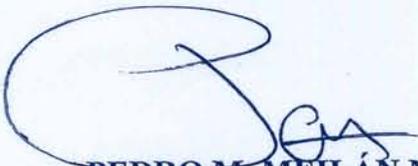
RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO: CONFIRMAR en todas sus partes la **Resolución DLC-06C-016-08 de 27 de mayo de 2008**, que sancionó con multa de Cien Mil Balboas (B/. 100,000.00) a **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.**, por la realización de prácticas monopolísticas absolutas a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 numeral 4 de la Ley 29 de 1996.

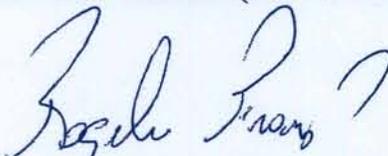
Se comunica, que con la notificación de la presenta resolución, queda agotada la vía gubernativa.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 29 de 1996, Ley 45 del 2007, Ley 38 del 2000.

NOTIFÍQUESE,


PEDRO M. MEILÁN N.
Administrador General (ACODECO)




ROGELIO FRAIZ DOCABO
Secretario General

PM/DV/EN

En la ciudad de Panamá, a las 9:45 mañana del día de hoy quince (15) del mes de Noviembre del año 20 08, notifiqué a SIXTO ABREGO CAMUÑO, con cédula No. 9-82-460 de la Resolución No. A-042-08, y para constancia firma.

