

REPUBLICA DE PANAMA
AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA

RESOLUCION No. DLC-06C-016-08
(De 27 de Mayo de 2008)
sobre Distribuidora de Gases Industriales, S.A.

El Director Nacional de Libre Competencia

CONSIDERANDO:

I. Competencia

La Ley 29 de 1 de Febrero de 1996, *"por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas"*, contenía en su Título I, Del Monopolio, disposiciones concernientes a Prácticas Monopolísticas Prohibidas.

La Ley 29 de 1996 prohibía "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, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios" en las formas contempladas en ella. (Artículo 5 de la Ley 29 de 1996).

Por libre competencia económica, en la Ley 29 de 1996, se entendía 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. (Artículo 7 de la Ley 29 de 1996).

La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (en adelante CLICAC) fue creada mediante la Ley 29 de 1996, como una entidad

descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, con el

Era función de la CLICAC, al tenor de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 103 de la Ley 29 de 1996, investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y las conductas prohibidos por esta ley. (2)

En virtud de la adopción del Decreto Ley N° 9 de 20 febrero de 2006 que modificó la Ley N° 29 de 1996, luego ordenado en el Texto Único estipulado por el Decreto Ejecutivo N° 4 de 8 de febrero de 2007, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor fue reestructurada bajo el nombre de Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia. (Artículo 101 de la Ley N° 29 de 1996 conforme fue modificado por el Decreto Ley N° 9 de 2006).

La función de sancionar, dentro de los límites de su competencia, la mantiene la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante ACODECO) en virtud de lo estipulado en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley N° 45 de 31 de octubre de 2007 que modificó el Texto Único de la Ley N° 29 de 1996:

Artículo 86: Funciones de la Autoridad. La Autoridad tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

1... ..

3. Investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de actos y conductas prohibidos por esta Ley.

4... ..

II. Investigación Administrativa

Mediante Acuerdo de Inicio de Investigación de once de diciembre de 1998 se ordenó la apertura de una investigación administrativa tendiente a confirmar los indicios existentes de que algunas de las empresas productoras y/o distribuidoras de oxígeno médico incurrieran en prácticas monopolísticas absolutas al tenor de lo dispuesto en la Ley 29 de 1996 y el Decreto Ejecutivo 31 de septiembre de 1998.

La demanda imputaba la comisión de una práctica monopolística absoluta, al tenor del numeral 4 del artículo 11, de la mencionada Ley N° 29 de 1996, por establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, específicamente, en su participación en la licitación pública N° 310084 de la Caja de Seguro Social, para la fijación del precio unitario por el suministro, transporte, entrega y descarga del oxígeno médico consumido por los hospitales y policlinicas de la institución en el período del 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999. (3)

III. Proceso Judicial

La demanda respectiva fue presentada por la CLICAC el día 5 de marzo de 2001 contra Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A.

El día 29 de septiembre de 2004 el Juzgado Noveno de Circuito, Ramo Civil, del Primer Circuito Judicial de la Provincia de Panamá dicta la Sentencia N° 59, que en su parte resolutive declara:

PRIMERO: Declarar la sustracción de materia en la Excepción de Ilegalidad de la Personería Activa propuesta por la demandada ACETI-OXIGENO, S.A.

SEGUNDO: Acceder a la pretensión de la parte actora, Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor; y, en consecuencia, Declarar que las sociedades ACETI-OXIGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. de conformidad con el artículo 5 en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 de la ley 29 de 1ro de febrero de 1996, han incurrido en una práctica monopolística absoluta prohibida por dicha Ley, al tenor del numeral 4, artículo 11: "Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones", específicamente, en su participación en la Licitación Pública N° 310084-98 de la Caja de Seguro Social, para la fijación del precio unitario por el suministro, transporte, entrega y descarga del oxígeno médico consumido por los hospitales y policlinicas de la institución en el período del 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999."

El día 28 de marzo de 2008 el Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá dictó Sentencia sin número que en su parte resolutive señaló:

Panamá, dentro del Proceso por Prácticas Monopolísticas Absolutas propuesto por la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), en contra de las sociedades ACETI-OXIGENO, S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A. ④

Esta última resolución quedó finalmente ejecutoriada el día ocho de abril de 2008.

IV. Fundamento de Derecho para aplicar sanción

El artículo 112 de la Ley 29 de 1996 estipulaba: "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/. 25,000.00) a cien mil balboas (B/. 100,000.00)
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.

Las sanciones por prácticas monopolísticas se impondrán únicamente cuando, por sentencia ejecutoriada, se haya establecido la violación de las disposiciones correspondientes.

El producto de estas multas ingresará al Tesoro Nacional."

V. Determinación de la sanción

La conducta específica de establecer, concertar o coordinar posturas sobre precios en licitaciones de la Caja de Seguro Social evidencia una práctica monopolística absoluta tipificada en el artículo 11 numeral 4 de la Ley 29 de 1996. Esta actuación tuvo las siguientes connotaciones:

1. En la ley panameña aplicable, Ley 29 de 1996, las conductas transgresoras de la libre competencia absolutamente prohibidas son sancionadas sin atender a que efectivamente se haya afectado al mercado o que se hayan producido los resultados que se buscaban con las mismas. Las empresas Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A. son oferentes en el mercado de oxígeno médico. Es una conducta grave porque se aplica un acuerdo horizontal que trastoca la competencia. De allí

2. Se comprobó que Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A. coordinaron posturas en la Licitación Pública N° 310084 de la Caja de Seguro Social para la compra de oxígeno médico en donde el alcance era nacional. De allí que se considere que la afectación fue todo lo amplia que podría ser. Por otro lado, antes de la Licitación Pública N° 310084 de la Caja de Seguro Social, la empresa Distribuidora de Gases Industriales, S.A. ha sido el principal proveedor de oxígeno médico del Ministerio de Salud y Aceti-oxígeno, S.A. ha sido el principal proveedor de oxígeno médico de la Caja de Seguro Social.

3. Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A. restringieron la competencia y lo hicieron sobre un bien necesario para salvaguardar la vida humana, especialmente para los pacientes a los cuales se les prescribe dicho producto en una institución estatal de cobertura nacional como lo es la Caja de Seguro Social y que atiende principalmente a personas de los estratos más bajos de ingresos.

4. En el caso que nos ocupa, la consideración del tamaño de la empresa es importante debido a que ambas empresas, en activos sumados entre ambas, representaban en el año 1997 cerca de 12 millones en activos totales, y, según la ley 29 de 1996 (art. 112), el monto máximo de la sanción de cien mil balboas (B/. 100,000.00), evidencia una relación de 60 a 1 con relación a las dos multas y a las dos empresas sumadas.

5. La conducta de los demandados fue descrita por la Juzgadora de Primera Instancia de la siguiente manera (Sentencia N° 59 de 29 de septiembre de 2004 del Juzgado Octavo de Circuito Civil de Panamá):

“ ... las empresas investigadas, Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A., en su condición de agentes económicos competidores dentro del mercado de oxígeno médico, concertaron o coordinaron posturas en la Licitación Pública N° 310084 de la Caja de Seguro Social de 22 de mayo de 1998 de oxígeno médico, en sus diferentes reglones (sic), en abierta violación del artículo 10 y numeral 4 del artículo 11 de la Ley N° 29 de 1996 y del numeral 6 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N° 31 de 3 de septiembre de 1998”

Con respecto a la actuación coordinada, la literatura europea, por ejemplo, señala que “acuerdos concluidos entre competidores con objeto de fijar los precios, elaborar pujas fraudulentas (licitaciones colusorias), restringir la producción o repartirse los mercados representan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficiencia en países cuyos mercados serían competitivos si los cárteles no existieran. De forma general, se reconoce que los cárteles son nocivos, pero se desconoce el alcance exacto del perjuicio que ocasionan....

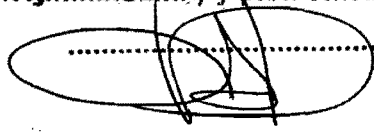
... Los cárteles perjudican a los consumidores y tienen nefastas repercusiones en la eficiencia económica. Un cártel operativo conlleva un incremento de los precios por encima del nivel de competencia y una reducción de la producción; ante esto, los consumidores sólo pueden negarse a pagar el elevado precio de algunos, o de la totalidad, de los productos controlados por el cártel y que ellos desean, renunciando, por lo tanto, a dichos productos, o bien pagar el precio fijado por el cártel, enriqueciendo, así, sin saberlo, a los miembros del cártel”... .. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Resumen del documento: Perjuicios causados por los cárteles y aplicación de sanciones eficaces. www.oecd.org).

Con respecto a las licitaciones, podemos señalar que las licitaciones de este rubro en los hospitales de la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud suelen ser anuales. De allí que cuando se adjudica una licitación, el hospital respectivo habrá contratado todos sus requerimientos anuales y no será hasta el próximo año en que un posible competidor entrante podría ofertar su producto a estos hospitales.

7. La práctica monopolística consistente en concertar o coordinar posturas en la licitación pública N° 310084 de 22 de mayo de 1998 de la Caja de Seguro Social tuvo afectaciones a nivel nacional, ya que las empresas concertadas (Aceti Oxígeno S. A. y Distribuidora de Gases Industriales, S. A.) actuaron en el mercado nacional como si fueran una misma empresa o grupo económico. La toma de decisiones en forma conjunta por parte de las empresas Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A.

En la ciudad de Panamá, a las... 9:20 mañana de
el día de hoy... CUATRO (4) del mes de
Junio del año 2008, notifiqué a.....

José Abrego C. con cédula no. 9-82-460
de la Resolución No. 11-06-04-08 para constancia firma

.....


Y RECIBI LA COPIA

reconoce los daños y perjuicios causados por lo que esta Autoridad considera pertinente la imposición de una sanción ejemplar.

7

RESUELVE:

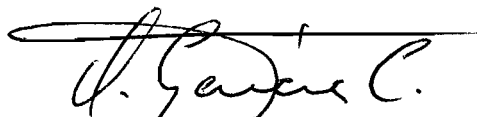
PRIMERO: Sancionar a la sociedad **DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES, S.A.** con Cien Mil Balboas (B/. 100,000.00) por la realización de prácticas monopolísticas absolutas a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 numeral 4 de la Ley 29 de 1996.

SEGUNDO: El interesado podrá promover Recurso de Apelación ante el Administrador, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por medio de abogado dentro de los siguientes cinco (5) días hábiles de haber sido hecha la notificación de la presente Resolución.

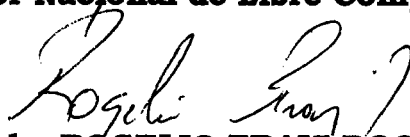
TERCERO: Se concede un término de diez (10) días hábiles, a partir de quedar ejecutoriada esta Resolución, para la debida cancelación de la multa en las oficinas de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia. De no cancelarse la misma en dicho término, se procederá a remitirla al juzgado executor de esta Autoridad.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 29 de 1 de febrero de 1996, Ley N° 45 de 2008.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



OSCAR GARCÍA CARDOZE
Director Nacional de Libre Competencia



Licdo. ROGELIO FRAIZ DOCABO
Secretario General