

REPUBLICA DE PANAMA

COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR

PLENO DE LOS COMISIONADOS

ACUERDO No. PC-246-01

(26 de diciembre de 2001)

El Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, (CLICAC) conoce del recurso de reconsideración presentado por la firma Morgan y Morgan actuando en representación de MMC PANAMA, S.A. para que se “MODIFIQUE el punto 22 del Acuerdo N° PC-237-01 de fecha 30 de noviembre de 2001.”

Sobre el particular se observa que los recurrentes resaltan el párrafo del punto 22 de la resolución recurrida con la cual se encuentran disconformes. El párrafo en cuestión es el siguiente:

“22. El artículo 21 relativo a los efectos de la verificación establece que las concentraciones que hayan sido verificadas, y cuenten con el concepto favorable de la Comisión, podrán operar válidamente y no podrán ser impugnadas posteriormente por razón de los elementos verificados, salvo cuando dicho concepto favorable se hubiese obtenido sobre la base de información falsa o incompleta proporcionada por el agente interesado. **Esta prohibición se refiere lógicamente a la facultad que tiene la CLICAC de impugnar las concentraciones y no de terceros. No puede subrogarse la Comisión la facultad de actuar y comprometer los intereses de los particulares que pueden resultar perjudicados.** Los artículos 20 a 24 de la Ley 29 establecen el régimen de verificaciones precias y las mismas sólo son realizadas por la Comisión. (el (sic) resaltado es de la Comisión).”

Para fundamentar el desacuerdo, la firma recurrente sustenta su disconformidad sobre la base de que los siguientes argumentos:

1. Que el párrafo resaltado es una interpretación efectuada por la CLICAC, de las normas legales de la Ley 29 de 1996 referentes del derecho de terceros a impugnar ante los tribunales de justicia, una concentración previamente verificada por la Comisión.
2. Que la CLICAC no puede realizar dichas interpretaciones de las normas jurídicas.

3. 3. Que la interpretación resaltada contraría el artículo 9 del Código Civil. Que en el presente caso es claro el tenor literal del artículo 21 de la Ley 29 de 1996.
4. 4. Que en caso de dudas acerca del alcance del artículo 21 de la Ley 29 de 1996, el ordenamiento jurídico indica claramente que la Procuraduría de la Administración es la consejera jurídica de los servidores públicos administrativos. (art.6 y 3, numeral 4 de la Ley No. 38 de 2000).
5. 5. Que las concentraciones “per se” no son las que hacen daño, sino “los daños que pudieran derivarse en virtud de prácticas monopolísticas para los cuales existen acciones correspondientes.”
6. 6. Que en el procedimiento de la verificación, nada impide que puedan surgir terceros interesados, coadyuvantes o en oposición a la pretensión del solicitante, conforme lo permite el artículo 66 de la Ley 38 de 2000, siempre que tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo, lo cual hubiera correspondido determinar en su momento a la Comisión.
7. 7. Que no existiría incentivo en presentar verificaciones previas ante la Comisión si un tercero puede generar una impugnación ante los Tribunales, con lo cual el agente económico tendría que incurrir en enormes costos en la defensa de la operación que se ha concretizado al amparo de la decisión de la CLICAC mediante el procedimiento de verificación previa.
8. 8. Que una vez verificada de manera previa la concentración, ésta no puede ser impugnada, ni por la CLICAC ni por los terceros.

CONSIDERACIONES DE LA CLICAC

-

Los puntos vertidos por los recurrentes son considerados por el Pleno de los Comisionados de la CLICAC, en virtud de lo cual establecen los siguientes criterios:

1. 1. Lo que el Acuerdo N° PC-237-01 de fecha 30 de noviembre de 2001 en su párrafo 22 trató de externalizar en su momento, es que la CLICAC no es el ente del Estado llamado a determinar si una impugnación vía judicial puede ser viable posterior a la verificación previa de una concentración realizada en ejercicio de nuestras funciones, ya que establecer de manera categórica ese punto no es de nuestra competencia. Por el contrario, el punto en cuestión será dilucidado por el Organismo Judicial en el momento en que ello se planteé, ya sea porque considere que la demanda propuesta por un tercero contra los efectos de una concentración previamente verificada no es admisible, o si admitiéndola, corresponde negar la pretensión, porque el fondo ha sido previamente consultado y aprobado por el ente administrativo competente. Lo anterior no es materia que pueda afirmar en uno u otro sentido la CLICAC en la resolución recurrida, por lo que este es el sentido que debe extraerse del párrafo resaltado del punto 22 del Acuerdo impugnado.

2. 2. Por otro lado, es incorrecto afirmar que la CLICAC no puede llevar a cabo, en términos generales, una labor de comprensión de las normas legales que la rigen y que se encuentran contenidas en la Ley 29 de 1996, en conjunto con las normas legales conexas que deba aplicar en el ejercicio de sus funciones. Aceptar la afirmación del recurrente es tanto como aceptar que la CLICAC, que es un ente técnico y especializado en las materias de su competencia, en las cuales ejerce sus funciones, y que analiza de manera multidisciplinaria, no puede tener un criterio. Muy por el contrario, la CLICAC es el ente llamado a ir estableciendo doctrina administrativa en las materias de su competencia en las cuales ejerce sus facultades legales, en protección del interés tutelado por la Ley 29 de 1996 que es precisamente la libre competencia y libre competencia en los mercados. Por tanto, no es dable afirmar que la CLICAC no puede emitir criterios, porque sin dudas la CLICAC administrando con la Ley que la crea, debe en el marco de sus capacidades, tener y dar a conocer sus posiciones y decisiones con respecto a un tema determinado en el cual esté ejerciendo sus funciones. Incluso la CLICAC como ente técnico puede llevar a cabo diversas funciones de acuerdo a la misma Ley 29 de 1996 como es el caso de dar opiniones, emitir conceptos, responder consultas, dar recomendaciones de medidas legislativas y administrativas y realizar estudios en general de tipo multidisciplinarios (que incluye el tema

legal) para la eliminar las distorsiones que encuentre en el sistema económico. (cfr. Arts. 18, 0103 numerales 10 y 13 de la Ley 29 de 1996)

3. 3. El tema del derecho de un tercero a impugnar por la vía judicial una concentración económica previamente verificada por la CLICAC y en la cual se concede autorización para la operación válida de dicha operación, no está claro en la ley y de hecho en su momento el tribunal competente ante quienes se presente dicha impugnación, tendrá que dilucidar la procedencia o no de tal pretensión. Ello reiteramos, es lo que quiso decir el punto No. 22 de la resolución recurrida. En cuanto a la inconformidad que manifiesta el recurrente en el punto 22 en el sentido de que los terceros no pueden ir a los juzgados civiles ello no es así. Conforme a la redacción a las normas pertinentes (artículos 19 al 23 de la Ley 29 de 1996) considera la Comisión que la parte puede optar por la vía del control de la legalidad de los actos emitidos por la CLICAC producto de la verificación solicitada y que los terceros tienen la vía sumaria ante los juzgados creados por la Ley 29 de 1996, para impugnar la concentración, más no el pronunciamiento de la CLICAC, cuyo acto se presume legal mientras la Sala Tercera de la Corte no se declare lo contrario.
4. 4. Es evidente que la presencia de la Procuraduría de la Administración es sumamente importante para todo funcionario, ya que dicho ente se erige como el consejero del Estado. No obstante ello no significa que cada decisión de los funcionarios de la administración debe ser consultada, ya que la figura de la consulta fue concebida para los casos de dudas o conflicto y que la decisión de la administración se vería reforzada por la opinión de la Procuraduría y no para anquilosar a la administración o para saturar a la Procuraduría en este sentido. Incluso el artículo 6 numeral 1 de la Ley 38 de 2000 presupone la existencia de criterios jurídicos de instituciones estatales, toda vez que la norma requiere que consultas elevadas a la Procuraduría de la Administración estén acompañadas de la posición legal del ente administrativo que consulta. Por otra parte la CLICAC de acuerdo a los artículos 101 y 102 de la Ley 29 de 1996 se erige como una entidad especializada y técnica en el área de su competencia, en la cual ejerce sus facultades y funciones legales. Es por tanto razonable que la CLICAC tome sus decisiones en temas de su competencia y para lo cual fue creada como ente especializado.

5. 5. En cuanto a que las concentraciones económicas no sean dañinas “per se”, debemos expresar que ello es materia de análisis casuístico; es decir, cada caso debe ponderarse individualmente de forma tal que en esa medida la Comisión determine si la concentración que se verifique de manera previa o de oficio pueda emitir concepto para operar válidamente, de acuerdo a los parámetros legales establecidos en la Ley 29 de 1996, y en el reglamento, en la medida que el último no supere la jerarquía legal y en la guía de análisis de concentraciones económicas. El sistema por el cual la CLICAC pueda iniciar y llevar a cabo el análisis de una concentración económica es objetivo, pero al mismo tiempo es complejo y por tanto nada simplista, por lo que no puede emitirse un concepto que abarque categóricamente a todos los sectores de la economía.

6. 6. Finalmente debemos expresar, que la normativa supletoria de la Ley 29 de 1996 es el Código Judicial por virtud del artículo 234 de la primera, sin perjuicio de las normas especiales existentes, en la cual podría consultarse la Ley 38 de 2000 en el procedimiento administrativo en casos de vacíos y en materia que no sea propia del Código Judicial. Sobre todo debido a que la CLICAC emite en materia de concentraciones económicas un acto administrativo final, que no requiere la intervención de otro órgano del Estado, y que irroga cargas directas en los administrados al autorizar o no una concentración, ordenar su desconcentración total o parcial, o imponer condiciones para dicha concentración. Lo anterior, siempre y cuando dicha Ley 38 no contradiga el sistema jurídico que previó la Ley 29 de 1996 para cada figura específica (ej. Prácticas monopolísticas, comercio desleal, salvaguardias). Sin embargo, en el caso del procedimiento de las verificaciones previas, se observa que la Ley 29 de 1996 establece cual será el procedimiento a seguirse en los seis (6) numerales de su artículo 118, y en cuyos numerales, no se prevé la participación de terceros coadyuvantes o interesados de cualquier índole dentro del procedimiento de verificación previa, por lo que siendo así, se descarta la posibilidad de que la Ley 38 de 2000 pueda aplicarse de manera supletoria dado que no confrontamos un vacío de ley. En consecuencia, somos del criterio que no puede aplicarse el artículo 66 ó el 75 de dicha Ley 38. Ahora bien, debemos resaltar que la CLICAC está facultada para recabar información que estime necesaria de los mercados y agentes económicos que puedan considerarse relacionados para precisar efectos económicos, el mercado pertinente, el grado de

concentración y el poder sustancial resultante que erija un nexo causal con las conductas que den lugar a concluir si la concentración debe o no aprobarse.

7. 7. En virtud de lo expresado la Comisión considera oportuno reformar la resolución recurrida.

Así las cosas, el Pleno de Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor,

ACUERDA

PRIMERO: REFORMA el punto 22 del Acuerdo N° PC-237-01 de fecha 30 de noviembre de 2001, el cual queda de la siguiente manera:

“22. El artículo 21 relativo a los efectos de la verificación establece que las concentraciones que cuenten con el concepto favorable de la Comisión podrán operar válidamente y no podrán ser impugnadas posteriormente por razón de los elementos verificados, salvo cuando dicho concepto favorable se hubiese obtenido sobre la base de información falsa o incompleta proporcionada por el agente interesado.”.

SEGUNDO: CONFIRMAR el Acuerdo N° PC-237-01 de fecha 30 de Noviembre de 2001 en todo lo demás.

Esta resolución agota la vía gubernativa.

GUSTAVO A. PAREDES M.
Comisionado

ROMEL ADAMES
Comisionado

RENE LUCIANI L.
Comisionado

JOSE SIMPSON HIU
Director General con funciones
de secretariado