



**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación
de la demanda**

El licenciado **Sixto Ábrego Camaño**, en representación de **Gases Industriales, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución DLC-06C-016-08 de 27 de mayo de 2008, emitida por el **director nacional de Libre Competencia de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, su acto confirmatorio y se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante ese Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera.

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 65 a 91 y reverso del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 20 a 64 y reverso del expediente judicial) .

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 1 a 19 del expediente judicial).

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas infracciones.

a. El artículo 112 de 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.

b. El artículo 1 del decreto ejecutivo 31 de 15 de julio de 1997, que reglamenta los artículos 103 y 112 de la ley 29 de 1996.

c. Los artículos 34, 35, 36, 37, 52 (numeral 5) y 201 (numeral 1) de la ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales.

Los conceptos de violación de las normas supuestamente infringidas, se encuentran sustentados en las fojas 99 a 107 del expediente judicial.

III. Antecedentes.

El 11 de diciembre de 1998, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, hoy Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, inició una investigación administrativa en contra de las empresas Aceti-Oxígeno, S.A. y Distribuidora de Gases Industriales, S.A., por la supuesta comisión de prácticas monopolísticas durante su participación en la licitación pública 310084-98, concertada por la Caja de Seguro Social.

Culminada la investigación administrativa, la entidad presentó una demanda en contra de dichas empresas ante la jurisdicción civil, proceso que culminó con la sentencia 59 de 29 de septiembre de 2004, proferida por el Juzgado Noveno de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, a través de la cual resolvió, entre otras cosas, declarar que las sociedades Aceti-Oxígeno, S.A., y Distribuidora de Gases

Industriales, S.A., incurrieron en una práctica monopolística absoluta de conformidad con los artículos 5, 10, 11 (numeral 4) y 12 de la ley 29 de 1996, durante su participación en la licitación pública 310084-98, concertada por 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 policlínicas de la institución en el período comprendido del 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999.

Contra dicha resolución judicial la empresa Aceti-Oxígeno, S.A. interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tercer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá mediante la sentencia de 28 de marzo de 2008, que confirmó la decisión apelada.

Una vez ejecutoriada la sentencia anterior, la dirección nacional de Libre Competencia de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, con fundamento en lo que establecían los artículos 11, 12, 103 y 112 de la ley 29 de 1996, vigente al momento en que se suscitaron los hechos; emitió la resolución DLC-06C-016-08 de 27 de mayo de 2008, a través de la cual sancionó a la sociedad Distribuidora de Gases Industriales, S.A., con una multa de B/.100,000.00 por la realización de prácticas monopolísticas absolutas.

Luego de notificar la decisión anterior a la empresa sancionada, ésta interpuso recurso de apelación, por lo que al surtirse la alzada, el administrador de la referida Autoridad, a través de la resolución A-042-08 de 1 de agosto de 2008, confirmó la resolución recurrida.

Seguidamente, la empresa Gases Industriales, S.A., quien por fusión absorbió a la sociedad Distribuidora de Gases Industriales, S.A., y asumió todos los derechos y obligaciones de esta última desde el 29 de agosto de 2003, (Cfr. foja 92 del expediente judicial); a través de apoderado judicial, interpuso la demanda

contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, a través de la cual solicita que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo emitido por el director nacional de Libre Competencia de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, su acto confirmatorio y en consecuencia, se le exonere de la sanción pecuniaria impuesta. (Cfr. fojas 96 y 97 del expediente judicial).

IV. Descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la institución demandada.

A pesar que de acuerdo a las constancias procesales los actos administrativos impugnados fueron emitidos en virtud de las facultades atribuidas a la Autoridad mediante la ley 45 de 31 de octubre de 2007, que derogó la ley 29 de 1 de febrero de 1996; al sancionar al agente económico Distribuidora de Gases Industriales, S.A., por incurrir en una práctica monopolística absoluta durante su participación en la licitación 310084-98, convocada por la Caja de Seguro Social para el período de 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999, la entidad demandada fundamentó su decisión en lo que disponía la ley 29 de 1996, por razón de ser la norma vigente al momento en que suscitaron los hechos.

El apoderado judicial de la demandante alega que el acto administrativo que se impugna vulneró el artículo 112 de la ley 29 de 1996, así como el artículo 1 del decreto ejecutivo 31 de 1997, que reglamentaba el anterior; además, considera que también fueron infringidos los artículos 34 al 37, 52 (numeral 5) y 201 (numeral 1) de la ley 38 de 2000, los cuales se refieren al procedimiento administrativo general.

Al analizar los argumentos de la parte demandante para sustentar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto demandado, observamos que las normas que se estiman infringidas se encuentran estrechamente relacionadas

entre sí, habida cuenta que hacen referencia al procedimiento administrativo seguido por la Autoridad de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor al emitir el acto administrativo demandado, por lo que esta Procuraduría procede a contestar dichos cargos de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, no le asiste la razón al actor.

A fin de exponer nuestros descargos con mayor claridad, consideramos oportuno citar lo que establecía el artículo 112 de la ley 29 de 1996, sobre el cual se centran medularmente las violaciones alegadas, así:

“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/.25,000.00) a cien mil balboas (B/.100,000.00);
2. En el caso de prácticas monopolísticas relativas prohibidas, con multa de cinco mil balboas (B/.5,000.00) a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00);
3. En los casos de prácticas de comercio que atenten contra las disposiciones de protección al consumidor, con multa de cien balboas (B/.100.00) a diez mil balboas (B/.10,000.00);
4. En los casos de infracciones para las cuales no exista sanción específica, con multa de cincuenta balboas (B/.50.00) a cinco mil balboas (B/.5,000.00).

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.” (El subrayado es nuestro)

Luego de confrontar las constancias procesales con la norma legal antes citada, este Despacho infiere claramente que la entidad acusada emitió el acto administrativo impugnado por razón de la existencia de una sentencia ejecutoriada

emanada de la jurisdicción civil ordinaria, que declaró la comisión de una práctica monopolística absoluta tipificada en el numeral 4 del artículo 11 de la ley 29 de 1996, conducta en la que incurrieron las empresas Aceti-Oxígeno, S. A. y Distribuidora de Gases Industriales, S. A., durante su participación en una licitación pública convocada por la Caja de Seguro Social.

En consecuencia, la autoridad administrativa demandada impuso una multa tomando en cuenta la gravedad de la falta, el tamaño de los agentes económicos y otros factores similares, los cuales se encuentran ponderados en el acto demandado, de la siguiente manera: 1. Que el producto ofrecido en la licitación pública era oxígeno médico para la Caja de Seguro Social, un bien necesario para salvaguardar la salud humana, especialmente la de los pacientes de esa institución a quienes se le prescribe dicho producto; 2. Que con su actuar, el agente económico causó afectación a nivel nacional; 3. Que la práctica monopolística restringió la competencia, toda vez que al ejercerse durante su participación en la licitación pública destinada al abastecimiento anual de la institución, a nivel nacional, limitó la participación de otras empresas que, en consecuencia, no serían consideradas por dicha entidad pública durante todo el año; 4. Que dicha actuación, coordinada entre las empresas infractoras, Aceti-Oxígeno, S. A. y Distribuidora de Gases Industriales, S. A., privó a la entidad licitante del beneficio de la competencia entre sus proveedores, lo cual pudo afectar su presupuesto; y, 5. Que es importante la consideración del tamaño de la empresa, toda vez que la sumatoria de los activos de ambos agentes económicos constituía alrededor de 12 millones de balboas en el año 1997, lo que representaba una equivalencia de 60 a 1 en relación con el monto máximo de la multa a imponer por la comisión de esta práctica monopolística. (Cfr. fojas 4 a 6 del expediente judicial).

La demandante alega que para que pudiera ser sancionada debieron concurrir simultáneamente todas las calificaciones o situaciones que enumera el citado artículo 112 de la ley 29 de 1996, es decir, la gravedad de la falta, el tamaño de la empresa, la reincidencia y otros factores similares, y destaca, además, en sustento de su pretensión, que no era reincidente en esta práctica, por lo que resulta injusta la sanción impuesta. Manifiesta también que esta norma no le otorgaba al funcionario la potestad de cuantificar discrecionalmente la multa, razón por la cual se encuentran consignados en la norma los mencionados criterios.

Este Despacho observa que, tal como se desprende de la lectura de la parte final de la citada disposición legal, el monto de la multa debe ser determinado por la existencia y gravedad de los referidos factores presentes durante la realización de la práctica monopolística prohibida; no obstante, en cuanto al argumento que todos esos elementos debieron ser considerados en su conjunto al momento en que la autoridad demandada impuso la sanción, destacamos el hecho que el último de ellos consiste en "**otros factores similares**", por lo que se deja ver claramente la posibilidad que, además de los mencionados expresamente por el propio artículo, también resulta válido que, para tal propósito, igualmente puedan ser ponderados otros criterios de similar naturaleza.

Visto bajo la perspectiva antes expuesta, también puede considerarse que la Autoridad podría entonces desestimar alguno de los criterios expresos y ponderar o darle mayor valor a cualquier otro factor similar, como la propia norma lo permite.

Nuestro planteamiento anterior se reafirma con lo expresado por la institución demandada, al referirse en el acto acusado de ilegal, a la discrecionalidad en la aplicación de la sanción, señalando en este sentido, que los

criterios utilizados para determinar el valor de la multa, constituyen los límites objetivos dentro de los cuales gira la discrecionalidad del funcionario que tiene la atribución de fijar la multa, y que los mismos sirven para impedir que éste, en ejercicio de sus funciones, pueda incurrir en arbitrariedades. (Cfr. foja 15 del expediente judicial).

Lo expuesto en los párrafos precedentes, a juicio de este Despacho sirve para desvirtuar lo alegado por la parte actora en cuanto a la obligada consideración igualitaria de todos los criterios para establecer el valor de la multa, y, en ese mismo sentido, sirve para poner en evidencia que, contrario a lo que señala la parte actora, tampoco se ha infringido el artículo 1 del decreto ejecutivo 31 de 1997 que define algunos términos utilizados en la norma legal que reglamenta, entre ellos, el de la reincidencia.

Por otra parte, la demandante igualmente alega que con la emisión del acto acusado se incurrió en una nulidad insubsanable, al sancionarla por causas distintas a las que le fueron formuladas, violentándose de esta manera lo establecido en el numeral 5 del artículo 52 de la ley 38 de 2000. En sustento de esta tesis, la parte demandante alega que durante el desarrollo del proceso en la jurisdicción civil no se discutió la gravedad de la falta, por lo que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, al considerar que la gravedad de la falta era alta, profirió una sanción por causas distintas a las que le fueron formuladas inicialmente. (Cfr. fojas 105 y 106 del expediente judicial).

A diferencia de lo que señala la parte actora, esta Procuraduría observa que las razones en que se fundamentó el Juzgado Noveno de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá para emitir la sentencia en la que declaró que Aceti-Oxígeno, S.A., y Distribuidora de Gases Industriales, S.A., incurrieron en la comisión de una

práctica monopolística absoluta tipificada en el numeral 4 del artículo 11 de la ley 29 de 1996 (Cfr. fojas 20 a 91 y reverso del expediente judicial), de manera alguna pueden entenderse que son contradictorias con lo expresado en el acto administrativo impugnado, toda vez que la autoridad judicial declaró la violación de las disposiciones legales aplicables a dicha materia, mientras que, atendiendo tal declaración, la entidad administrativa se limitó a evaluar los criterios establecidos en el ya mencionado artículo 112 de la ley 29 de 1996, para determinar el monto de la multa que debía aplicar.

Lo anterior nos lleva a concluir que no es posible considerar, como erróneamente lo afirma la parte actora, que la autoridad demandada sancionó a su representada por causas distintas a las que le fueron formuladas originalmente, por lo que estimamos, que tampoco se ha configurado la nulidad absoluta endilgada al acto acusado, por lo que también deviene en infundada la alegada infracción.

Por todo lo antes expuesto, esta Procuraduría es de opinión que el acto administrativo emitido por la Autoridad de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor no ha incurrido en violación alguna a las normas invocadas por la parte actora, toda vez que, como se ha demostrado, la entidad administrativa demandada, actuando dentro de los límites de su competencia, impuso a la actora, Gases Industriales, S. A., la sanción que en derecho le correspondía producto de la comisión de una conducta prohibida por Ley.

Por consiguiente, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución DLC-06C-016-08 de 27 de mayo de 2008, emitida por el **director nacional de Libre Competencia de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, ni

su acto confirmatorio y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demandante.

V. Derecho: Se niega el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General