

Introducción Caso Petroleras

Luego de un examen del mercado de hidrocarburos en Panamá, específicamente del mercado de expendio de combustible, del análisis de documentación proferida por los agentes económicos interesados e investigaciones propias de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, se decidió iniciar formalmente, mediante el Acuerdo 195-00 de 21 de diciembre de 2000, un procedimiento de investigación en contra de las empresas PETROLERA NACIONAL, S.A.; THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED; COMPAÑÍA TEXACO DE PANAMA, S.A. (THE TEXACO COMPANY OF PANAMA, S.A.); ESSO ESTÁNDAR OIL, S.A. y PETROLEOS DELTA, S.A. por la presunta comisión de prácticas monopolísticas absolutas establecidas en el artículo 11, ordinal primero, y por la presunta realización de prácticas monopolísticas relativas prohibidas por el artículo 14 de la Ley 29 de 1ero. de febrero de 1996.

Mediante Acuerdo No. PC-36802 de 5 de agosto de 2002, el Pleno de los Comisionados resolvió ordenar la interposición formal de demanda ante los tribunales de justicia contra las empresas PETROLERA NACIONAL, S.A.; THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED; COMPAÑÍA TEXACO DE PANAMA, S.A. (THE TEXACO COMPANY OF PANAMA, S.A.); ESSO ESTÁNDAR OIL, S.A. y PETROLEOS DELTA, S.A. por la presunta comisión de prácticas monopolísticas absolutas establecidas en el artículo 11, ordinal 1 de la ley 29 de 1996, relacionadas con una COMBINACIÓN EN LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS DEL TRANSPORTE DEL COMBUSTIBLE POR LAS DISTRIBUIDORAS, y por la ACCIÓN UNILATERAL POR PARTE DE LAS DISTRIBUIDORAS CONSISTENTE EN LA IMPOSICIÓN DEL PRECIO O DEMÁS CONDICIONES QUE UN MINORISTA DEBE OBSERVAR AL REVENDER BIENES O PRESTAR SERVICIOS, definida en el artículo 14, ordinal 2, de la Ley 29 de 1996.

La demanda fue presentada ante la Juez Novena el día 9 de agosto de 2002.

La Audiencia Preliminar se tiene prevista para el día 18 de diciembre de 2003.

El Licenciado René Luciani L. fungió como Comisionado Instructor en la investigación administrativa surtida en la CLICAC.

NOTA DE PRENSA**SE CELEBRA AUDIENCIA PRELIMINAR EN PROCESO CONTRA
PETROLERAS**

CLICAC. 09/03/2004. En el marco de la demanda interpuesta ante los tribunales de justicia de la República de Panamá por la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC) en contra de las empresas PETROLERA NACIONAL, S.A.; THE SHELL COMPANY LIMITED; COMPAÑÍA TEXACO DE PANAMA, S.A.; ESSO ESTÁNDAR OIL, S.A., ESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED y PETROLEOS DELTA, S.A. por la presunta comisión de prácticas monopolísticas absolutas y relativas, de conformidad con la Ley 29 de 1996, el Comisionado Melitón Arrocha manifestó que el pasado lunes 8 de marzo se realizó la audiencia preliminar dentro del proceso.

En este sentido, el Comisionado Arrocha informó que la audiencia preliminar se llevó a cabo en la sede del Juzgado Noveno de Circuito, Ramo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, y que contó con la comparecencia de CLICAC y de todos los apoderados judiciales en representación de cada uno de los demandados, quienes, entre otras cosas, concretaron los hechos que serán motivo de discusión durante el transcurso del proceso, y concretaron el número de peritos a utilizar dentro del mismo. De igual forma, el Comisionado Arrocha recalcó que para el próximo 16 de agosto de 2004, ha sido fijada la fecha para que la demandante y los demandados, acompañados de sus pruebas, comparezcan a la audiencia ordinaria, y continuar de esta forma los trámites judiciales de rigor.

El Comisionado Melitón Arrocha señaló que la investigación iniciada por la CLICAC contra las empresas petroleras nacionales se dio luego de un examen del mercado de hidrocarburos en Panamá, específicamente del mercado de expendio de combustibles líquidos utilizados en automotores, del análisis de documentación proferida por diversos agentes económicos, e investigaciones propias realizadas por la institución, llevaron a la CLICAC a interponer, el pasado 9 de agosto de 2002 formal demanda ante los tribunales de justicia de Panamá.

Al ser cuestionado sobre las prácticas investigadas, el Comisionado Arrocha explicó que la demanda presentada ante los tribunales de justicia contra las 5 empresas distribuidoras de combustibles en el país, tienen como fundamento “la presunta comisión de prácticas monopolísticas absolutas, relacionadas con una combinación en la fijación de los precios del transporte (flete) de combustible por dichas empresas, así como también se demandó la acción unilateral consistente en la imposición del precio o demás condiciones que un minorista debe observar al revender bienes o prestar servicios, con fundamento en la Ley 29 de 1996.”

El Comisionado Arrocha consideró que el proceso que se le sigue a las empresas distribuidoras de petróleo “es una de las demandas más importantes que ha interpuesto la CLICAC, toda vez que el combustible es un producto de consumo masivo de los panameños, y de directa influencia en toda la actividad económica nacional”, por lo que resaltó que el “dictamen que CLICAC logre, de comprobarse los hechos alegados, tendrá un impacto trascendental en la economía y desarrollo de la República de Panamá”.

REPÚBLICA DE PANAMÁ

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR

EL PLENO DE LOS COMISIONADOS

ACUERDO No.-PC 368-02

(De 5 de agosto de 2002)

I. CONSIDERACIONES INICIALES

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, contiene en su Título I, del Monopolio, disposiciones concernientes a Prácticas Monopolísticas.

La Ley 29 de 1996 prohíbe 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, que la misma establece como prohibidos.

Por libre competencia económica se entiende 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.

La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC) fue creada mediante la Ley 29 de 1996, como una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, con el objeto de proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia.

Entre las funciones de la CLICAC, al tenor de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 103 de la Ley 29 de 1996, está la de investigar y sancionar dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y las conductas prohibidos, por la precitada Ley. Asimismo, la Comisión está facultada a través de la mencionada Ley para investigar las concentraciones económicas entre agentes competidores entre sí, que restrinjan o vulnere la competencia.

II. CONOCIMIENTO DE LA CLICAC

El 10 de julio del 2000 la Asociación de Distribuidores de Gasolina (ADIGAS), a través de su apoderado legal, el Licenciado MIGUEL ESPINO, presenta ante la CLICAC formal denuncia de supuestas prácticas monopolísticas realizadas por las empresas COMPAÑÍA TEXACO PANAMA S.A. (TEXACO COMPANY, S.A. en inglés); ESSO STANDARD OIL, S.A.; PETROLEOS DELTA, S.A. (DELTA); PETROLERA NACIONAL, S.A.; y THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED, (fs. 1-9)

III. LAS PRÁCTICAS INVESTIGADAS

Mediante Resolución No. 195-00 de 21 de diciembre del 2000 la CLICAC inició una investigación administrativa contra las empresas COMPAÑÍA TEXACO PANAMA S.A. (TEXACO COMPANY, S.A. en inglés); ESSO STANDARD OIL, S.A.; PETROLEOS DELTA, S.A. (DELTA); PETROLERA NACIONAL, S.A.; y THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED, por la presunta realización de prácticas monopolísticas absolutas, bajo la figura de combinación para fijación de márgenes y combinación para la fijación de precios, y la práctica monopolística relativa de imposición de precios a los minoristas, todas cometidas desde la entrada en vigor de la Ley de 1996 hasta la fecha. Los artículos supuestamente conculcados dentro de esta investigación son el numeral 1 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 14 ambos de la Ley 29 de 1996 (fojas 26-46).

Por otra parte mediante Resolución No.129-02 del 8 de abril del 2002, la Comisión acordó incluir dentro de la presente investigación la presunta práctica monopolística absoluta de combinación cometida desde la entrada en vigor de la Ley de 1996 hasta la fecha por parte de las empresas antes mencionadas para la fijación de los precios del transporte de combustible (artículo 11, numeral 1). (ver fs. 272 del expediente principal).

IV. ACTUACIONES DE LA CLICAC

- El 10 de julio del 2000 la CLICAC recibe una denuncia de la Asociación de Distribuidores de Gasolina (ADIGAS) contra las empresas Distribuidoras de Combustible, por la presunta realización de prácticas monopolísticas.
- El 11 de diciembre del 2000 la Dirección General de Hidrocarburos del MICI envía a la CLICAC la nota No. 708 del 6 de diciembre del 2000, la cual indica: *“Cabe mencionar que el 99% de las estaciones visitadas tienen los precios iguales, lo que nos parece muy extraño, ya que el comportamiento normal del mercado ha sido competencia de precios”*.
- El 20 de diciembre del 2000, la Dirección General de Hidrocarburos del MICI envía a la CLICAC la nota N°744 fechada el 19 de diciembre del 2000 la cual indica: *“Cabe mencionar que el 99% de las estaciones visitadas tienen los precios iguales, lo que nos parece muy*

extraño, ya que el comportamiento normal del mercado ha sido competencia de precios. Este fenómeno se ha dado en los últimos dos cambios de precios.

Esta situación irregular, a nuestro juicio, amerita una investigación, por parte de la CLICAC.”

- El 21 de diciembre del 2000, mediante Resolución N°195-00, la CLICAC inicia una investigación administrativa en virtud de los indicios probatorios allegados a la Comisión hasta ese momento.
- El 29 de diciembre del 2000, la Dirección General de Hidrocarburos del MICI envía a la CLICAC la nota N° 764 del 28 de diciembre del mismo año, mediante la cual remite la información referente a los precios de venta de las distribuidoras a los minoristas (estaciones de servicios), en los períodos comprendidos de 19 de octubre al 1 de noviembre, del 2 al 15 de noviembre, del 16 al 29 de noviembre, del 30 de noviembre al 13 de diciembre, del 14 al 27 de diciembre del 2000.
- El 3 de enero del 2001, las empresas The Shell Company (W.I.) Limited y Petrolera Nacional, S.A., presentaron a través de sus respectivos apoderados judiciales, sendos escritos de reconsideración contra el Acuerdo N°195-00 del 21 de diciembre del 2000.
- El 5 de abril del 2001, mediante Resolución N°013-00, la CLICAC decide rechazar los recursos de reconsideración presentados por considerarlos improcedentes.
- El 14 de septiembre del 2001, mediante Resolución No.148-01, el Pleno de los Comisionados ordena la elaboración de diligencia exhibitoria bajo la coordinación del Comisionado Instructor dirigida a los agentes económicos que se investigan. Esta diligencia fue solicitada para examinar los años 1999 y 2000 como muestra para evaluar las conductas presuntamente cometidas desde la entrada en vigor de la Ley 29 de 1996 hasta la fecha, sin que esto signifique que sólo se investiga esos dos años.
- El 4 de octubre del 2001, el Juzgado Noveno del Ramo Civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá autoriza a la CLICAC la práctica de la Diligencia Exhibitoria para la inspección de documentos privados y registros contables sociales a las empresas distribuidoras investigadas.
- El 11 de octubre del 2001, la CLICAC practica la Diligencia Exhibitoria concedida por el Tribunal competente y examina la documentación correspondiente en cada una de las Distribuidoras investigadas.
- Posterior a la Diligencia Exhibitoria, la CLICAC procede a separar la información suministrada por cada una de las distribuidoras y a realizar los análisis correspondientes.
- El 16 de noviembre del 2001, Refinería Panamá, S.A. envió a la CLICAC una nota en la que adjuntaba información detallada del total de ventas mensuales segregadas efectuadas a cada una de las cinco distribuidoras investigadas.
- El 12 de diciembre del 2001 la Unión Independiente de Gasolineros de Panamá (UNIGAS) entregó a la CLICAC un estudio referente al punto de equilibrio de una estación de gasolina.

- El 8 de abril del 2002, el Pleno de los Comisionados ordena poner en conocimiento a los agentes económicos investigados la adición al expediente de la investigación de otra presunta práctica (fijación por parte de las distribuidoras investigadas del precio del transporte de combustible) (fs. 272-273 del expediente principal).
- El 8 de abril de 2002, mediante Resolución No. PC-130-02 se ordena la acumulación de la información entregada por el Señor [REDACTED] al expediente N°PM-011-00, (fs. 274-275 del expediente principal).

V. VALORACIÓN JURÍDICA INICIAL

Producto de la investigación de oficio que adelanta la CLICAC, se ha decidido considerar, de las cuatro prácticas que se señalaron anteriormente, sólo dos a saber: a) **La combinación en la fijación de los precios del transporte del combustible por las distribuidoras** y b) **La acción unilateral por parte de las Distribuidoras consistente en la imposición del precio o demás condiciones que un minorista debe observar al revender bienes o prestar servicios.** Con relación a las otras dos prácticas investigadas las mismas serán objeto de valoración cuando la CLICAC obtenga mayores elementos de convicción que den mérito a estimarlas o desestimarlas.

Las dos prácticas que se analizaron en esta resolución están definidas en la Ley 29 de 1996. La primera, como una práctica monopolística absoluta en el numeral 1 del artículo 11; y la segunda, como una práctica monopolística relativa, en el numeral 2 del artículo 14. Sendos artículos señalan en su parte pertinente al caso lo siguiente:

*“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;***
...”. (énfasis suplido).

*“Artículo 14. **Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas.** Con sujeción a que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la presente Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, y por consiguiente se prohíben, los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los casos siguientes:*

1. *...*
2. ***La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios;***
...”. (énfasis suplido).

Para analizar si uno o varios agentes económicos están realizando una práctica monopolística se determina primero, cuál es la restricción a la competencia que se está cometiendo de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 29 de 1996, el cual señala:

“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 competencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.” (Énfasis suplido)

Los conceptos de libre competencia y de libre competencia se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 29 de 1996, los cuales prescriben respectivamente:

“Artículo 7. Libre Competencia Económica. Se entiende por libre competencia económica 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 8. Libre Competencia. Se entiende por libre competencia, la posibilidad de acceso de nuevos competidores al mismo mercado pertinente.”

Si existe una restricción a la competencia se continúa con el análisis, de lo contrario, se descarta la práctica monopolística. Por tanto, si posterior al análisis de los artículos 7 y 8 se determina esta restricción se pasa a revisar el encabezado del artículo 11, si se trata de una práctica monopolística absoluta, y del artículo 14, si se trata de una práctica monopolística relativa. Una vez que se delimita el tipo de práctica que es y que encuadra en los encabezados correspondientes se tipifica la misma en el o los numerales contenidos en los artículos señalados, los cuales definen la o las prácticas anticompetitivas. En el caso de la práctica monopolística relativa una vez tipificado en el numeral correspondiente, se precisará si la empresa tiene o no poder sustancial en el mercado pertinente tal como se señala en la Ley 29 de 1996 y en la Guía para el Análisis de Conductas Verticales aprobada por la CLICAC mediante la Resolución N° 008 PC-99 del 16 de marzo de 1999, publicada en la Gaceta Oficial No. 23,780 del 22 de abril de 1999, página. 37.

Pasaremos a ver el mercado en el cual las presuntas prácticas monopolísticas se cometen y en las que se encuentran realizando su actividad económica las empresas investigadas; el mercado del combustible en Panamá.

VI. EL MERCADO ANALIZADO

A- Evolución histórica del mercado

La industria de refinación se inició mediante el Contrato Ley No. 44 celebrado entre el Estado y Refinería Panamá, S.A., el cual fue aprobado el 10 de mayo de 1956, modificado por el Contrato No.63 del 22 de septiembre de 1967, y el Contrato No. 5 de 10 de febrero de 1969. Este contrato contemplaba la construcción y operación de Refinería Panamá, S.A. y su relación con el Gobierno Nacional.

Hasta el 30 de septiembre de 1992, el mercado de combustible en Panamá estuvo regulado a través de la Oficina de Regulación de Precios (ORP), donde se garantizaban márgenes de comercialización¹ a los distribuidores mayoristas y minoristas. Según información enviada por ADIGAS, estos márgenes variaban dependiendo del tipo de combustible.

La estructura de precios era determinada por la Comisión de Precios de los Hidrocarburos y sus recomendaciones eran aprobadas posteriormente por el Consejo de Gabinete y ejecutadas mediante resoluciones de la Oficina de Regulación de Precios (ORP.). Esta estructura de precios reflejaba todos los renglones que componían el precio F.O.B. de Refinería, así como los márgenes de comercialización y los gravámenes que incidían en ella.²

Dentro de los precios F.O.B. se incluía el precio exRefinería que constituía el ingreso bruto de la empresa refinadora, calculado con el propósito primordial de transferir al consumidor los aumentos o disminuciones del precio internacional del petróleo crudo y un reconocimiento a la rentabilidad de la Refinería.

La segunda parte de la estructura de precios estaba constituida por los impuestos establecidos por Ley y los márgenes de comercialización del transportista, del distribuidor y del concesionario que en su momento eran fijados por la Comisión de Precios.

Los márgenes de comercialización del transportista estaban regulados en una tabla de tarifas aprobada por la ORP mediante la Resolución N° 238 del 14 de octubre de 1981 (fojas 344 de expediente confidencial) donde se fijaban los precios de transporte que cobrarían las distribuidoras a las estaciones de combustible. Se establecía un monto específico de centavos por galón que se cobraría según la ubicación de la estación. Este monto era fijado por la ORP por igual para las cinco distribuidoras de combustible y no tomaba en cuenta los costos de operación diferentes de cada una de ellas ni las variaciones en los precios de combustible u otros costos variables que afectan los costos del transporte.

El mercado de combustible fue liberalizado mediante el Decreto de Gabinete N° 29 de 14 de julio de 1992, el cual fue modificado por los Decretos N° 38 de 9 de septiembre de 1992, N° 4 de 3 de febrero de 1993, N° 14 de 7 de abril de 1993 y reglamentado mediante Decreto Ejecutivo N° 26 de 6 de mayo de 1993.

¹ En adelante cuando mencionamos margen nos referimos al margen de comercialización. Este margen es la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra del combustible. Es decir, que en este margen están incluidos los costos de ventas, gastos de ventas, gastos administrativos y la utilidad neta propiamente dicha.

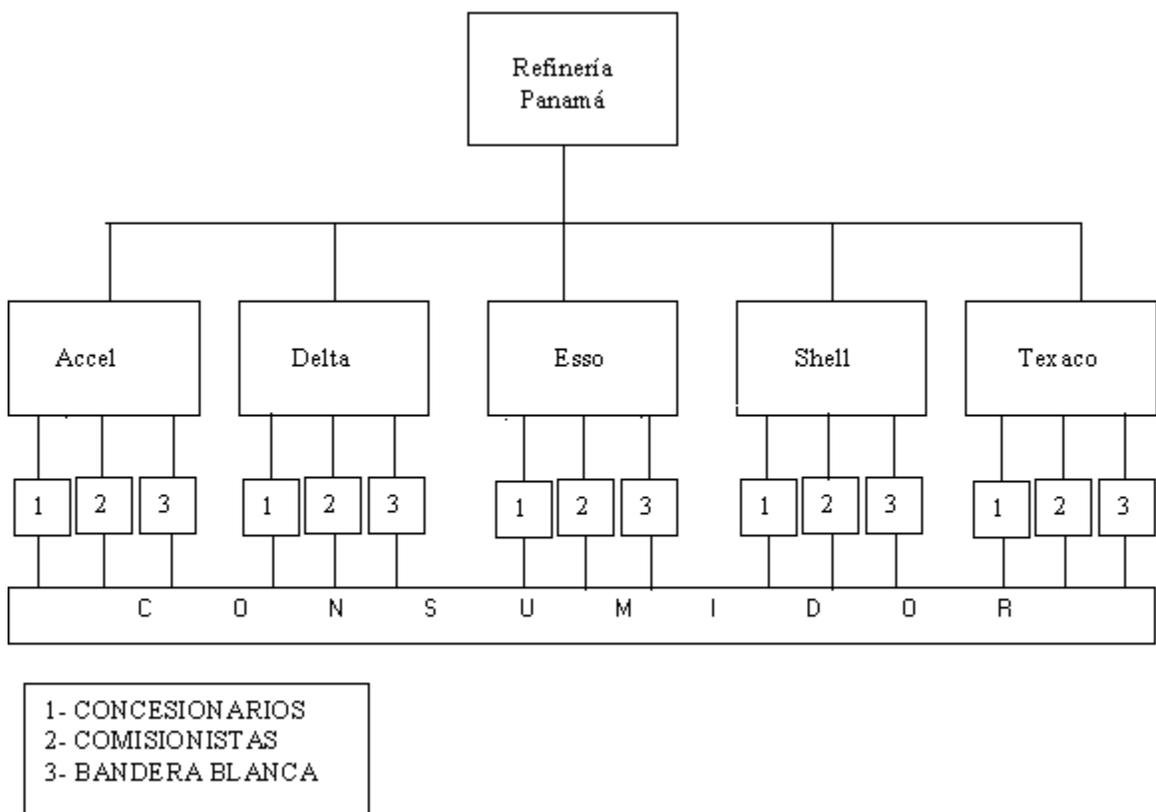
² Parte de la información de este punto ha sido tomada de "La liberalización del mercado petrolero en la República de Panamá", preparado por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Comercio e Industrias. Panamá, 1994

Con la Resolución No. 329 de 1992 de la Oficina de Regulación de Precios se deja sin efecto todas las resoluciones existentes que regulaban precios y fletes de transporte de los productos derivados de petróleo, y se liberaron completamente los márgenes del concesionario y distribuidor.

B- Estructura del mercado

La estructura del mercado del combustible en Panamá está constituida por una refinería, cinco distribuidoras, y los minoristas que hemos clasificado en tres tipos: comisionistas, concesionarios y bandera blanca, tal como se muestra en el siguiente diagrama:

**DIAGRAMA No. 1:
ESTRUCTURA DEL MERCADO DE COMBUSTIBLE**



Fuente: Elaborado por la CLICAC

1. Refinería

La cadena de producción y comercialización en Panamá está formada por una única refinería, operada por Refinería Panamá, S.A. (REFPAN), propiedad de la transnacional Texaco, la cual a partir del año 2001, producto de la fusión entre las empresas transnacionales Texaco y Chevron, pasa a formar parte del grupo económico Chevron-Texaco. En el presente año Refinería Panamá, S.A. cumple 40 años de haber iniciado operaciones en Panamá. REFPAN además de producir combustibles también los importa ya refinados.

En 1992 se celebra el contrato N° 35 entre el Estado y Refinería Panamá, S.A. Este contrato es aprobado mediante la Ley N° 31 de 31 de diciembre de 1992. En términos de las condiciones

de competencia de la industria panameña de derivados del petróleo, las principales cláusulas del Contrato son: 22, 23, 29 y 30.

La cláusula 22 define que los derivados del petróleo que ingresen en territorio aduanero y sean procedentes del exterior, o que salgan de una Zona Libre de Petróleo, estarán sujetos a una tarifa de protección cuando la mercancía compita con los productos fabricados localmente por la Refinería (gases licuados de petróleo, gasolina para motores, kerosene y espíritu de petróleo), kerosene para turbinas (jet fuel), aceites combustibles (gas oil, diesel liviano y diesel marino), combustóleos residuales, intermedios y asfaltos.

La tarifa de protección era de 20% en 1992 y debería, según la Ley, reducirse anualmente en un punto porcentual hasta un mínimo de 5% (10% para el Búnker C)³. Estarían exentas de la tarifa las importaciones de productos destinados a la venta a naves marítimas de tráfico internacional; la gasolina de aviación (AvGAS); kerosene para turbinas destinado a naves aéreas internacionales, e importaciones causadas por un nivel bajo de inventario (menor de 10 días de consumo) por parte de la empresa.

La cláusula 23 establece el mecanismo de formación de precios en la industria. En esa cláusula se garantiza al *“(...)Estado el derecho de establecer controles sobre el precio de los productos vendidos en el mercado interno desde que tal precio no sea inferior que el precio de paridad, (...) comprendido como el precio que tendría el respectivo producto al ser importado del exterior (...)”*. Por otro lado, la empresa se compromete *“(...) a ofrecer productos en el mercado doméstico a un precio no superior a dicho precio de paridad (...)”*. Se trata, como se puede deducir, de un sólo precio.

El precio de paridad es establecido cada catorce (14) días de acuerdo con el resultado de la suma de dos conjuntos de factores, definidos en el Contrato como costos variables y costos fijos. Los costos variables de cada producto están compuestos por: a) el precio FOB Caribe del respectivo producto; b) el flete; c) el seguro marítimo; d) la pérdida en tránsito; e) la carta de crédito y f) la pérdida de almacenamiento. Los costos fijos están compuestos por: a) los costos de la descarga del tanquero; b) los costos de operación del terminal; c) de almacenaje y d) los costos de capital.

Todos los costos son cuantitativamente definidos, sea en términos porcentuales (para el caso de los costos variables) o en términos absolutos (US\$/barril). El costo de operación de la terminal y el costo de descarga son revisados cada año (a más tardar el 1 de febrero) de

³ Actualmente la tarifa de protección es 11%, cambiando a 10% el 1° de octubre de este año.

acuerdo al indicador de precios al consumidor. El costo de capital es revisado con igual periodicidad de acuerdo con el volumen de producción.⁴

La cláusula 29 garantiza al Estado la posibilidad de celebrar contratos con terceros interesados en establecer una refinería de petróleo y de otorgar a ellos los derechos y privilegios que son concedidos a la Refinería Panamá en virtud de este contrato. La cláusula 30 define que el Estado conviene en promover la competencia en lo concerniente a la comercialización de los derivados de petróleo, establece los criterios para la definición del dumping y las sanciones que se den en ese caso.

La cláusula 31 conviene en 20 años la duración del contrato, aunque el contrato puede ser rescindido anticipadamente por cualquiera de las dos partes. De hecho, actualmente REFPAN anunció que dejará de refinar el combustible en Panamá y lo importará ya refinado como un proceso de negociación con el Ministerio de Comercio e Industrias. Esta decisión, así como el resto de los aspectos resultantes del proceso de negociación antes indicado, está pendiente de la aprobación del Consejo de Gabinete.

La existencia de un monopolio en el sector no es provocada precisamente por el Contrato que permite (cláusula 29) que terceros puedan participar del mercado, correspondiéndole al Estado otorgarles los mismos beneficios brindados a REFPAN, y no crea ningún obstáculo legal a la entrada de nuevas empresas. Así, el monopolio que se observa en Refinería puede ser causado por dos factores distintos: 1) por la conducta de la empresa instalada en la medida que fije precios que impidan la entrada de otros agentes económicos, o 2) por la relación entre la tecnología de producción y el tamaño del mercado panameño (las escalas mínimas de producción) que no permitiría que la operación de otra empresa sea económicamente rentable.

2. Distribución y Comercialización

En el siguiente eslabón de la comercialización están las cinco **distribuidoras** de combustible (las cinco investigadas), que compran directamente a Refinería Panamá, S.A.: Texaco Panamá, S.A. (en adelante Texaco); The Shell Company (W.I.) Ltd. (en adelante Shell), Esso Standard Oil, S.A. Ltd. (en adelante Esso), Petróleos Delta (en adelante Delta) y Petrolera Nacional, S.A. (en adelante Accel). Las primeras tres distribuidoras son de capital extranjero y la últimas dos nacionales, siendo la última que entró al mercado la empresa Accel.

Estas cinco distribuidoras compran los diferentes combustibles que comercializan (gasolina, diesel, kerosene, entre otros) a Refinería Panamá, las cuales pueden importar directamente combustible pero deben pagar la tasa de protección, la cual aún a la fecha es bastante elevada.

⁴ El precio fob Caribe es definido como el resultado del promedio aritmético de los precios Exxon fob Bahamas, SITCO fob , Trinctoc fob y Tex Trader fob, del respectivo producto, en el área del Caribe, según cotización publicada en el Platt's Oilgram Price Report.

En 1992 era 20%, pero hoy día es 11%. Esta tarifa de protección hace no competitivo o rentable para una distribuidora importar combustible.

Sólo en casos excepcionales estas cinco distribuidoras pueden importar sin pagar la tarifa de protección. Según los párrafos (6) y (8) de la cláusula 22, las adquisiciones de combustibles en el exterior, causadas por la ausencia de inventario suficiente para atender a la demanda por diez (10) días o causadas por imposibilidad de producción por parte de REFPAN estarán exentas de la tarifa de protección.

El posible problema práctico con esto es que no hay suficiente tiempo para que sea operativamente eficiente y rentable para la distribuidora hacer el pedido y que llegue de forma rápida antes que venza el período en el cual se puede importar el combustible. Además, que se necesitan tanques de almacenamiento del combustible, los cuales representan un costo hundido muy elevado para cualquiera de las distribuidoras de combustible.

Estas distribuidoras abastecen a las estaciones de combustible (minoristas) con los cuales tienen diferentes tipos de contratos de suministro y comodato. Existen distribuidoras de combustible que están integradas verticalmente, es decir, operan estaciones de combustible ellas mismas, esto lo hacen a través de una compañía administradora del mismo grupo económico o mediante la figura del comisionista.

3. Minoristas

En el último eslabón de la comercialización tenemos a las estaciones de combustible (minoristas), las cuales se abastecen por una distribuidora y son de tres tipos: comisionistas, concesionarios, y los de “bandera blanca” los cuales compiten entre sí para atraer a los consumidores finales. Esta misma estructura de mercado existía antes de la liberación de éste.

a. Comisionistas

Los **comisionistas** son una de las figuras por medio de la cual las distribuidoras de combustible operan las estaciones de venta al por menor. Existen varios tipos de relación comercial con la distribuidora: uno se da cuando la estación es manejada por un tercero. En este caso la operación de la estación la hace la distribuidora a través de una persona llamada comisionista, la cual recibe una comisión con base en el volumen de galones vendidos. No obstante, la política de precios la establece la distribuidora.

Por otra parte debemos señalar que existen estaciones administradas por las mismas distribuidoras, donde la política de precios al consumidor es establecida también por ellas, quien de hecho son las que operan las estaciones, y estaciones que son operadas a través de

una compañía administradora del mismo grupo económico de la distribuidora.⁵ Dicha aclaración es importante dado que aunque estas últimas no sean propiamente estaciones (comisionistas), hemos querido agrupar en un solo punto todas aquellas estaciones que no tienen libertad para fijar sus precios ya sea porque son manejadas por un comisionista o porque son administradas por la propia distribuidora o una empresa perteneciente al mismo grupo económico de ésta.

b. Concesionarios

Existen las estaciones de **concesionarios**. Éstas tienen un contrato con una distribuidora específica, y en principio son libres de operar y establecer los precios de los combustibles al consumidor que consideren convenientes ya que no existe nada en el contrato que les obligue a fijar un precio determinado por la distribuidora. Aunque en la práctica existen diferentes mecanismos, que analizaremos más adelante, utilizados por las distribuidoras para establecer los precios a los que “deben” vender las estaciones de combustible a los consumidores.

Los concesionarios pueden ser propietarios del terreno donde está la estación o lo pueden alquilar a un tercero. Los tanques de almacenamiento y los dispensadores de combustible son suministrados por las distribuidoras. Por este motivo deben firmar un contrato de suministro y comodato ambos con **cláusulas de exclusividad** con la distribuidora y se identifican con la marca que distribuyen. Posteriormente explicaremos ampliamente las características principales de estos contratos entre los concesionarios y las distribuidoras de combustible.

c. Bandera Blanca

También existen las denominadas estaciones de "**bandera blanca**". En este caso, una persona independiente es dueña de los tanques de almacenamiento y de los dispensadores de combustible. También puede ser dueña del terreno donde está la estación o alquilarlo a una tercera persona.

Estas estaciones no tienen contrato con cláusulas de exclusividad con ninguna distribuidora de combustible específica, sino que tiene libertad para comprar a la distribuidora que les presente una mejor oferta con base en precios, incentivos, facilidades de pago u otra variable de competencia, y de establecer el precio al consumidor que estime más favorable. Las estaciones de bandera blanca no pueden comprarle directamente a Refinería Panamá por los requisitos mínimos que ésta exige.

⁵ En el caso de Texaco es la compañía ADALSA y en el caso de Accel la compañía del mismo grupo económico que opera las estaciones es Petrocentro.

Las estaciones de bandera blanca son las que tienen mayor libertad para actuar, aunque también son las que deben efectuar una mayor inversión y tienen mayores costos hundidos⁶ que asumen totalmente, por lo tanto, corren con mayor riesgo. Sin embargo, tienen un mayor poder de negociación frente a las distribuidoras, obteniendo en principio, mejores precios que los concesionarios, lo que los ayuda a ofrecer precios más competitivos al consumidor final. En nuestro país existen muy pocas estaciones de bandera blanca.

C- Barreras de entrada y salida

Este mercado está caracterizado por barreras a la entrada en todos los niveles, a saber: refinación, distribución y venta al detalle.

Las barreras en la refinación son: requerimientos de una gran inversión en activos fijos que al no tener otro uso se convierten en barreras a la salida, lo que dificulta la entrada de cualquier nuevo agente al mercado; la tarifa de protección de Refinería Panamá y el tamaño reducido del mercado panameño que no permiten desarrollar economías de escala, de alcance y de transacción⁷.

Las barreras en la distribución son: el posicionamiento de las marcas distribuidas en el mercado por las distintas petroleras, situación que en otros países se ha superado con el surgimiento de mayor cantidad de estaciones de bandera blanca; los contratos con cláusulas de exclusividad que mantienen las distribuidoras con los minoristas; los requisitos que exige Refinería Panamá que a la vez son barreras para los minoristas que quieran comprarle directamente, sobre todo las estaciones de bandera blanca. Estas barreras obligan a los operadores independientes de estaciones de servicio a comprar el combustible a las distribuidoras. Posteriormente señalaremos algunos de estos requisitos.

Las barreras en la refinación son: requerimientos de una gran inversión en activos fijos, que al no tener otro uso, se convierten en barreras a la salida, lo que dificulta la entrada de cualquier nuevo agente al mercado; la tarifa de protección de Refinería Panamá y el tamaño reducido del mercado panameño en donde no pueden desarrollarse las economías de escala, de alcance y de transacción⁸

⁶ Costos hundidos son costos que no pueden ser recuperados cuando la empresa decide salir del mercado. Las empresas que requieren de significativos costos hundidos y que consideran la entrada deben evaluar la rentabilidad de ingresar a un mercado sobre la base de la participación de mercado en el largo plazo. En consecuencia son parte del riesgo del negocio porque están estrechamente relacionados con el flujo de caja de la empresa. (Guías para el control de concentraciones económicas, numeral 144).

⁷ Economías de escala son reducciones en los costos medios derivados de la expansión de la cantidad producida, a precios de insumos dados. Las economías de alcance son reducciones en los costos medios derivados de la producción conjunta de bienes distintos, permaneciendo fijos los insumos. (Guías para el Control de Concentraciones Económicas, numerales 163 y 167).

⁸ Economías de escala son reducciones en los costos medios derivados de la expansión de la cantidad producida, a precios de insumos dados. Las economías de alcance son reducciones en los costos medios derivados de la

Las barreras en la distribución son: el posicionamiento de las marcas distribuidoras en el mercado por las distintas petroleras en el mercado, los contratos con cláusulas de exclusividad con los minoristas, los requisitos que exige Refinería Panamá que a la vez son barreras para los minoristas que quieran comprarle directamente, sobre todo las estaciones de bandera blanca. Estas barreras obligan a éstos a comprar el combustible a las distribuidoras. Algunos de estos requisitos⁹ son:

- Poseer instalaciones propias o arrendadas aprobadas por al Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de Panamá, para almacenar, vender o distribuir los productos.
- Tener permiso de importador vigente otorgado por el Ministerio de Comercio e Industrias.
- Comprar un mínimo de 50,000 barriles mensuales de productos¹⁰.
- Mantener vigente un seguro de responsabilidad civil por un monto no menor de cinco millones de dólares de los E.U.A. (US\$ 5,000,000), en el cual se designe a la compradora y a Refinería Panamá, S.A. como asegurados.
- Mantener abierta a favor de Refinería Panamá, S.A. una carta de crédito irrevocable expedida por un banco de reconocido prestigio aceptable a Refinería Panamá, S.A. por un monto que represente el valor correspondiente a ocho (8) días de venta promedio y no menor de un millón de dólares de E.U.A. (US\$ 1,000,000).

Otras barreras para los minoristas son las cláusulas de exclusividad que no permiten a éstos abastecerse de otra fuente de suministro ya que el contrato se lo impide. Según el tipo de contrato, las estaciones pueden rescindirlo, pero deben pagar a las distribuidoras la correspondiente indemnización que se deriva del incumplimiento de todo contrato.

Además del costo financiero de las estaciones por rescindir el contrato con las distribuidoras, las estaciones de concesionarios tienen otro costo económico y financiero elevado en el supuesto que quieran convertirse en estaciones de bandera blanca luego de rescindir el contrato o que haya terminado la vigencia de éste. Deben devolver los tanques de almacenamiento y los dispensadores a la distribuidora, luego deben comprar sus propios tanques y dispensadores, y esto significa unos costos hundidos muy elevados que se convierten en barreras a la entrada de cualquier estación de concesionarios.

producción conjunta de bienes distintos, permaneciendo fijos los insumos. (Guías para el control de concentraciones económicas, numerales 163 y 167).

⁹ Información suministrada por Refinería Panamá a la CLICAC por medio de nota con fecha 3 de octubre de 2000 (foja 89 del expediente confidencial)

¹⁰ Un barril es igual a 42 galones, lo que representaría un mínimo de 2,100,000 galones mensuales. Si calculamos el promedio de combustibles que vendieron las estaciones en enero de 2000, según estadísticas de la Dirección General de Hidrocarburos (tomado de www.mici.gob.pa), tenemos 45,579 galones. La compra mínima de 2,100,000 galones es prohibitiva para las estaciones de combustible.

D- Transporte del Combustible

En cuanto al tema del transporte cabe mencionar que las estaciones usualmente utilizan el mismo transporte que les ofrece la distribuidora por el cual éstas le cobran una cantidad fija por galón, dependiendo de la ubicación de la estación. Algunos minoristas en el país, muy pocos por cierto, tienen sus propios camiones cisternas para abastecerse de combustible. Estos minoristas proceden a suplirse en Refinería Panamá, S.A. pero entregando una orden de compra de la distribuidora que es quien vende, en realidad.

En el caso de las distribuidoras de combustible, algunas tienen una flota propia de camiones para abastecer a sus clientes (estaciones), otras contratan a terceros y la mayoría funciona con un esquema combinado (utilizan flota propia y camiones alquilados). La tarifa que cobran las distribuidoras a las estaciones según su ubicación ha sido exactamente igual entre todas las distribuidoras en los últimos diez años (1992-2002) después de liberado el mercado. Más adelante en esta Resolución profundizaremos sobre este aspecto.¹¹

VII. ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS INVESTIGADAS

A- Práctica monopolística absoluta: *Combinación en la fijación de los precios del transporte del combustible por las Distribuidoras.*

1. Análisis Económico

a. Indicios observados

Las cinco distribuidoras siguen cobrando exactamente la misma cantidad de centavos por galón a las mismas regiones para todas las estaciones de combustible después de la liberalización del sector. Estos precios se han mantenido así durante los últimos dos años por las cinco distribuidoras, según consta en el expediente. Aunque no tenemos información de los años anteriores es dable pensar que la tarifa utilizada de 1992 al año 1999 es la misma. De hecho, esto fue afirmado así de forma verbal por personal de las distribuidoras e incluso una de ellas lo aceptó por escrito a solicitud de la CLICAC (Expediente de Accel foja 468).

De la revisión efectuada a la documentación contenida en los expedientes de los informes extractamos que:

[REDACTED]

¹¹ Información suministrada por las distribuidoras en diligencia exhibitoria realizada en octubre de 2001.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



b. Deducciones de los indicios observados

En un mercado de libre oferta y demanda una de las variables de competencia es el precio de transporte. Este se puede convertir también en un mecanismo de incentivo o de negociación de las distribuidoras con estaciones existentes o con nuevas estaciones que quieren vender al por menor la marca que la distribuidora representa. Sin embargo, no hay nada en los contratos analizados y en los expedientes de las diligencias exhibitorias que señale que existe una real competencia, o que ha determinado libremente en el mercado el costo de transporte.

El costo del transporte es un componente final del precio al que venden el combustible a las estaciones. De hecho es facturado conjuntamente en algunas distribuidoras con el precio del galón de combustible, y otras lo facturan en renglón separado. Una forma de ofrecer mejores precios a las estaciones para que puedan ser más competitivas es disminuir el precio del transporte. Sin embargo, esta variable no se ha comportado de forma competitiva en los años estudiados para ninguna de las empresas distribuidoras.

El transporte en estas empresas es manejado con flotas propias y/o a través de terceros. En ambos casos los costos operativos son diferentes. En diez años los costos de los combustibles que utilizan las flotas de camiones han cambiado. El principal costo variable de la estructura de éstos en el transporte es el costo del combustible.

La mencionada tarifa de precios de flete fue calculada en un momento donde era elevado el precio del barril de petróleo (1981). El barril de petróleo se elevó considerablemente pasando de \$14.00 en 1978 a \$35.00 en 1981 (1 US\$ = 1B/.), producto principalmente de los conflictos bélicos en el medio oriente. Después del año de 1981 el barril de petróleo no ha vuelto a alcanzar un precio de \$35.00 por barril. Ni siquiera con la crisis del petróleo en el 2001 que aun no se ha superado plenamente, se alcanzaron los niveles de precios de 1981. Ese año representa el precio histórico más elevado del barril de petróleo.¹²

La deducción de estos indicios nos hacen suponer la probable existencia de una práctica monopolística absoluta en la fijación de los precios del transporte de combustible realizada por las empresas distribuidoras desde que entró en vigor la Ley 29 de 1996 hasta la fecha.

¹² Tomado de www.wtrg.com

c. Posibles explicaciones económicas al acontecimiento de los hechos

El precio del flete estuvo regulado desde 1981, liberándose en 1992. No puede afirmarse que producto de una inercia del mercado y para "beneficiar" a las estaciones, y por consiguiente al consumidor, no ha variado el precio del transporte luego de la liberación de éste. En primer lugar, hemos constatado a través de los cálculos efectuados por la CLICAC, sobre los costos de transporte de combustible, que brindar este servicio representa utilidad para todas las distribuidoras.

En segundo lugar, si fuera cierto el argumento de inercia del mercado todos los productos o servicios regulados en su momento y que hoy día están liberados tendrían el mismo precio de la regulación. Por ejemplo, el análisis de los precios de la canasta básica que realiza la CLICAC, nos ha demostrado que luego de la liberación del mercado los precios han tendido a disminuir. La competencia genera que las empresas reduzcan sus costos, sean más productivas para ofrecer mejores precios a los consumidores y puedan competir en un mercado liberalizado.

Por lo antes expuesto podemos considerar dada las pruebas recabadas y los análisis elaborados que económicamente no existe ningún argumento para que las empresas distribuidoras de combustible sigan cobrando los precios de transporte de la anterior tabla de la ORP. Los costos de transporte de cada una de las distribuidoras de combustible son diferentes, esto ha sido constatado por la información de costos de transporte entregada por las cinco distribuidoras.

d. Conclusión

Por todas las razones anteriores no puede explicarse mediante mecanismos de mercado el hecho de que las cinco distribuidoras cobren exactamente el mismo precio por flete durante 10 años después de liberado el mercado (1992-2002)¹³. Lo cual refuerza el supuesto de que las empresas distribuidoras realizan una práctica monopolística absoluta en la fijación de los precios del transporte de combustible a nivel de mayoristas prohibida por la ley desde 1996.

2. Análisis Jurídico

Una vez concluido el análisis económico, pasamos a realizar el análisis jurídico para determinar si la Ley 29 de 1996 configura como prohibido los hechos descritos y analizados anteriormente.

¹³ En el expediente consta que durante 1999 y 2000 la tarifa cobrada es la misma vigente en 1992. Aunque no existe en el expediente información de los años 1993 a 1998 es dable pensar que la tarifa se mantuvo igual. De hecho esto ha sido aceptado por una de las distribuidoras de combustible.

a. Definición de los elementos constitutivos de la práctica y su relación probatoria

Como ha mencionado la CLICAC en anteriores ocasiones, es importante en el análisis de la práctica monopolística investigada determinar la restricción de la competencia y conocer si es producto de una práctica prohibida por la ley. Para nuestro caso en particular, la presunta fijación en los precios del transporte por las distribuidoras se enmarca como una práctica absoluta, es decir, entre competidores y por lo tanto habrá que determinar la calidad de los agentes económicos investigados. También es importante analizar la práctica en sí, es decir, la combinación entre competidores y el efecto de esa combinación, que no es más que la propia fijación en los precios del transporte del combustible, esto siempre y cuando ocurra producto de un acto de voluntad entre los agentes investigados que se protegen mediante esta acción de los riesgos de la competencia.

De igual manera podemos advertir que la Ley 29 de 1996 en su artículo 10 establece que las prácticas monopolísticas absolutas son ilegales *per se*, es decir, no importa que de las mismas no se deriven efectos negativos para el mercado, ya que lo que condena la norma es la colusión que existe entre los agentes competidores que evita un sano desarrollo de la competencia.

El artículo 10 de la Ley de Competencia Panameña señala:

“Artículo 10. Carácter ilícito de las prácticas monopolísticas absolutas. Las prácticas monopolísticas absolutas definidas en el artículo 11 de esta Ley, tienen en sí mismas carácter ilícito sin consideración de sus posibles efectos negativos. No servirá como defensa, la circunstancia de que una práctica de este tipo no haya ocasionado efectos negativos a un competidor o posibles competidores, o a los consumidores.” (énfasis suplido)

Al realizar el presente análisis jurídico veamos primero la restricción a la competencia que nos enmarca el artículo 5 antes citado de la Ley 29 de 1996.

(1) Restricción a la competencia

De la práctica investigada debemos establecer los elementos objetivos que determinan la restricción a la competencia en el mercado analizado producto de la acción de las empresas distribuidoras.

El legislador patrio estableció mediante la Ley 29 de 1996 un instrumento jurídico para la defensa de la competencia económica entre los agentes económicos dentro del mercado, con lo cual se busca mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los productos; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en éste exista variedad de precios y calidades de bienes y

servicios. Por tanto estos agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado sino que deberán respetar las reglas que el legislador haya diseñado en aras de proteger la libre competencia.

Delio Gómez Leyva sostiene lo siguiente:

“Libre competencia significa que hay libertad para participar en el mercado, en el cual tanto vendedores como compradores, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado; convenios, pactos, o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor”¹⁴.

Existe restricción a la competencia cuando de las acciones de los agentes económicos se desprende una anulación de las alternativas que puedan tener los demandantes de esos bienes o servicios. La fijación de los precios del transporte es una clara anulación de alternativas para los minoristas los cuales no tienen oportunidad de recibir los beneficios que una real competencia les otorgaría y ven afectados el bien jurídico protegido por el legislador. Así mismo esta combinación en la alineación de los precios del transporte infiere un pacto de no competencia entre ellas (en cuanto al transporte) lo cual reduce los espacios de competencia. La fijación idéntica en términos absolutos del precio del transporte obliga a los minoristas a soportar precios fijados coordinadamente por los mayoristas, los cuales además no son eficientes en comparación a los precios que habría en un mercado competitivo.

(2) Entre competidores

Otro de los aspectos que debemos tomar en cuenta para la calificación de la práctica, y que consagra el artículo 11 de la Ley 29 de 1996, es que los agentes económicos que se combinan para la ejecución de la misma sean competidores entre sí. Como ha quedado constatado durante la investigación los agentes investigados son competidores entre sí en el mercado de minoristas tanto por captar el mayor número de detallistas nuevos que aparezcan en el mercado, como por el volumen de ventas que realiza cada una, ya que aunque cada una de ellas tienen estaciones exclusivas a las cuales les venden el combustible y en este mercado no serían competidoras, deben luchar por vender más cantidad de combustible en las estaciones que abastecen, y que éstas a su vez vendan mayor cantidad de combustible a los consumidores finales. Por lo tanto, deben comportarse en el mercado como rivales, para así generar una dinámica de competencia que favorezca la eficiencia en el mercado del combustible en Panamá.

¹⁴ GÓMEZ LEYVA, Delio. Las prácticas restrictivas de la Competencia. Acuerdos y Prácticas Concertadas. Colombia. s/f.

■	■	■	■	■	■	■
■	■	■	■	■	■	■

■
■
■
■
■
■

Como vemos, las cinco empresas distribuidoras registran tarifas idénticas para la prestación del servicio del transporte de combustible a sus minoristas, hecho que la CLICAC considera contraviene expresamente lo establecido en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 29 de 1996 antes citado, así como también el numeral 2 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°31 de 1998 el cual establece:

*“Artículo 7. De las prácticas monopolísticas absolutas. Podrán considerarse como elementos **indicativos** de la experiencia de una práctica monopolística absoluta entre dos o más agentes económicos competidores o potencialmente competidores entre sí, conforme al artículo 11 de la Ley, entre ambos:*

...

2. *Cuando los agentes económicos mantengan o varíen, en la misma proporción, sus **precios de bienes o servicios idénticos**, similares o sustitutivos, sin que dicho comportamiento responda a cambios en las preferencias de los consumidores o en los costos comunes de los productores o proveedores;*

...”

(énfasis suplido)

Del artículo citado podemos colegir que es un indicativo de derecho, para la comprobación de esta práctica, que las distribuidoras hayan mantenido para el mismo periodo (10 años desde que el mercado está desregulado) iguales precios para el servicio del transporte de combustible a sus minoristas, a pesar de tener costos de transporte efectivamente distintos entre ellas, ya que este hecho no responde a cambios en los costos comunes de los productores o proveedores del servicio, como establece la norma antes expuesta.

Podemos concluir a este punto que se comprueba que existe una fijación de precios en el servicio de transporte de combustible por parte de las distribuidoras.

(4) Combinación

Esta fijación en los precios del transporte analizada arriba no es más que el producto de una combinación realizada a través de un intercambio de información sobre las voluntades de accionar de la actividad empresarial de las empresas investigadas con el efecto de mantener en términos relativos las mismas condiciones que tenía el mercado del transporte del combustible en 1992, antes de la liberalización cuando el costo del transporte era elevado como comprobaremos en este apartado.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la combinación como la “acción y efecto de combinar o combinarse. Unión de dos cosas en un mismo sujeto”. Cuando agentes económicos se combinan dejan de ser independientes entre sí, y actúan como uno solo.

Dentro de la combinación existen dos elementos: el primero que no es más que el mecanismo cooperativo a través del cual surge el acto de voluntariedad para acordar precios entre competidores; el segundo elemento que es la materialización de esa voluntad. Por tanto los elementos a analizar en una combinación son: a) la existencia de un patrón de comportamiento de una o unas variables de competencia que no se corresponden con el resultado lógico del mercado. Tal patrón debe indicar ausencia de voluntad de actuar independientemente en el mercado entre los agentes económicos; y b) la coexistencia con dicho patrón, de un concierto de voluntades entre los agentes a fin de desvirtuar el resultado esperado de un mercado competitivo.

En materia de competencia no es necesario comprobar la existencia de un contrato o acuerdo escrito para probar una combinación, basta aportar presunciones suficientemente razonadas para deducir la existencia de esta infracción. En nuestro caso el acto de voluntariedad lo podemos deducir de hechos objetivos que nos demuestran que lo que acontece en el mercado no pudo haber ocurrido si no es mediante un acto de voluntariedad y de cooperación.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú aplicó en la Resolución No. 255-97-TDC del 22 de octubre de 1997 la prueba de presunciones bajo el siguiente razonamiento:

“Al respecto, cabe señalar que la concertación de precios, así como otras formas de prácticas restrictivas, pueden darse a través de un acuerdo, una decisión o una recomendación, las cuales consisten en distintas formas de colaboración entre las empresas. Cuando estas formas de colaboración privan o restringen la capacidad de los consumidores para influir con sus decisiones en el proceso de formación de precios, entonces nos encontramos ante una práctica sujeta a sanción.

Evidentemente esas prácticas deben ser probadas, esto es, deben existir elementos que permitan a la autoridad encargada de resolver el caso concluir, más allá de toda duda razonable, que existió el acuerdo. Sin embargo debe considerarse que, dada la dificultad existente para encontrar pruebas directas en las que conste el acuerdo (firma de un contrato, acta de reunión en que conste lo acordado, filmación o grabación en la que las partes fijan el precio, etc.), se puede recurrir a la prueba de indicios, mediante la cual se puede llegar a la convicción que el acuerdo existió.

Sobre el particular, Alberto Bercovitz señala que: “Notables dificultades suscita la prueba de una práctica concertada, pues es frecuente que las empresas traten de suprimir todo rastro del concierto previo a la ejecución de la práctica. Por ello es preciso apoyar la prueba normalmente en indicios y presunciones sobre su existencia, basados fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las partes en el mercado sea inexplicable sin partir de la existencia de algún tipo de concertación entre ellas.”⁽¹⁾

En base a los indicios se pueden extraer conclusiones válidas sobre la existencia o no de un acuerdo. Si estas presunciones llevan a la convicción de que la práctica se dio en la

realidad, entonces la autoridad está en la capacidad de sancionar la conducta. Así, como señala Devis Echeandía:

“Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, si no se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico - crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica - crítica que lo valora.”⁽²⁾

“El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla...”⁽³⁾

El indicio es pues un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una declaración, etc.). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado). Negar la utilización de estos sucedáneos de prueba es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida por la ley, mediante la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.⁽⁴⁾

Así, como se indicó, la prueba de indicios y presunciones resulta ser una herramienta fundamental para el adecuado funcionamiento del sistema legal de protección de la competencia.⁽⁵⁾ En este sentido, la Sala ha expresado en anteriores oportunidades, refiriéndose al tema que nos ocupa, que:

“...si bien no se requiere encontrar una prueba concluyente, como un acuerdo firmado o una grabación de una reunión en que se acuerdan medidas que restrinjan o limiten la competencia entre las empresas que concurren en un mercado en particular, sí es necesario que las pruebas o indicios evaluados en conjunto demuestren directa o indirectamente la existencia de tal acuerdo.”⁽⁶⁾

En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados⁽⁷⁾. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.

1. BERCOVITZ, Alberto. *Tratado de la Comunidad Económica Europea*, p. 360. En: KRESALJA, Baldo, *Materiales de Enseñanza para el curso Derecho de la Competencia*. Lima: 1994
2. DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, p. 611.
3. *Ibidem*, p. 613.
4. **CODIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 275.- Finalidad de los sucedáneos.-** Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.
5. Por ejemplo, en la Comunidad Europea es usual el empleo de presunciones para probar la existencia de prácticas concertadas.

Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España en la denuncia de la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites Comestibles (ANIERC) contra Frint España S.A. y otras, Expediente N° 294/91, estableció que:

“Hay que tener en cuenta que es de ocurrencia corriente que para probar los acuerdos colusorios y anticompetitivos es infrecuente contar con otros medios de prueba como documentos, testigos y, menos aún, con la confesión de los acusados. Por ello ha de recurrirse a la prueba de presunciones. Lo que también ha hecho repetidamente el Tribunal de las Comunidades Europeas (entre otras en las sentencias de 16 de diciembre de 1975 en el asunto Suiker, de 14 de julio de 1977 en el asunto Materias Colorantes, de 14 de julio de 1981 en el asunto A.G. Zuechner contra Bayerische Vereinsbank A.G., de 7 de junio de 1983 en el caso Hi Fi Pioneer, 21 de febrero de 1984 en el asunto Hasselblad).

Lo que es preciso para usar esta prueba, como ha dicho la jurisprudencia constitucional, es que se parta de hechos básicos objetivamente acreditados y que la inferencia lógica que parte de esos hechos no sea irrazonable ni irrazonada.”

6. *Al respecto, Guerrin y Kyriazis (GUERRIN Maurice y KYRIAZIS Georgios. Carteles: Aspectos Procesales y Probatorios, En: Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia, abril de 1994, p. 304) señalan que "... la prueba de una práctica concertada equivalente a un cartel se obtiene generalmente de pruebas circunstanciales que salen a la luz durante las investigaciones (...) Es, por tanto, la combinación de estas presunciones -caso de ser precisas y pertinentes- la que casi siempre, permite por sí misma, probar la existencia de una práctica concertada..."*

La prueba de presunciones es aplicada en regímenes más antiguos como el español, que es fuente de la jurisprudencia americana como la que acabamos de citar del Perú. Así tenemos que el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, en Resolución 395/97 de 30 de septiembre de 1998 sobre Vacunas Antigripales señaló que:

"en los procedimientos en materia de competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente cuando se trata de conductas colusorias. Las empresas que conciertan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes, y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo".

Seguidamente en la misma resolución señala que:

"Es cierto que la admisión de la prueba de presunciones en el campo del derecho sancionador ha sido objeto de controversias, tanto en el orden penal como en el del derecho administrativo sancionador, pero tal discusión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional cuando ha establecido que, en determinadas condiciones, la prueba indiciaria puede servir para constatar la existencia de unos hechos que constituyen una infracción. Según la doctrina del Tribunal Constitucional la aceptación de la prueba de presunciones en derecho punitivo o sancionador exige, en primer lugar, que los hechos base, es decir los indicios, estén plenamente demostrados, que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada y, finalmente, que si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizadas y explicarse la causa de su rechazo. Esta doctrina se contiene, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 174/85 y 175/85, ambas de 17 de diciembre, la 169/1986, de 22 de diciembre y la 150/1987, de 1 de octubre.

Resulta evidente que esa doctrina resulta aplicable a los procedimientos en materia de competencia, y así en repetidas ocasiones se ha considerado acreditada una infracción consistente en concertación en materia de precios por la coincidencia y simultaneidad en su variación. Así ocurre, por ejemplo, en la Resolución de 4 de julio de 1988 (Prensa dominical), confirmada por Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997; o bien en la Resolución de 25 de octubre de 1988 (Autoescuelas) o en la de 2 de noviembre de 1988 (Prensa del corazón) que ha sido confirmada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10, 22 y 30 de marzo de 1993 y del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1997".

La jurisprudencia española ha sostenido una doctrina, según la cual, la prueba de presunciones se aplica con tres requisitos exigibles para admitirla. El primer requisito es que los indicios estén plenamente probados, el segundo que exista una relación de causalidad entre los indicios y la práctica monopolística, y el tercer requisito es que los argumentos de los agentes investigados e imputados no sean verosímiles para explicar el resultado que se mostró.

Probar plenamente los indicios consiste en probar el hecho indicador, es decir, el que induce al juzgador a la convicción de que existe un hecho indicado infractor de la norma de competencia. Esas pruebas pueden acreditarse, como lo sostiene la jurisprudencia peruana,

mediante los medios probatorios ordinarios, estos son: documentos, declaraciones, informes, entre otros.

La relación de causalidad, elemento esencial del análisis, se encuentra en el razonamiento de causa razonable entre los hechos fácticos realizados por los investigados y el elemento consensual o volitivo de su realización. Esto es la sucesión de coincidencias de ciertos hechos cuya probabilidad de ocurrencia es pequeña, y la existencia de beneficio claro derivado de los hechos hacia las empresas investigadas.

Las otras posibles explicaciones que puedan derivarse de los hechos indicadores acreditados, distintas a la existencia de un acuerdo, deben ser verosímiles a tal grado que generen una duda razonable al juzgador de que no existió tal acuerdo entre las empresas.

La prueba de presunciones puede ser aplicada en la Ley 29 de 1996 como metodología probatoria. El legislador estableció cómo elementos para la configuración de la práctica anticompetitiva los siguientes: 1. Combinación, 2. Entre competidores, 3. Que tenga por objeto o efecto fijar precios. Con estos tres elementos se aplica la prueba de presunciones a través de la concatenación de indicios. El Código Judicial lo recoge en los siguientes artículos:

“Artículo 985: El Juez apreciará los indicios teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y las demás pruebas que obren en el proceso.

“Artículo 986: El Juez apreciará los indicios en conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica.”

La jurisprudencia panameña no está ajena a la aplicación de la concatenación de indicios. El Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, en sentencia de doce (12) de mayo de dos mil (2000) aplicó la teoría de la sumatoria concatenada de indicios de la siguiente manera:

“Con respecto a la prueba indiciaria, este Tribunal no puede pasar por alto el listado de acciones asumidas por la parte demandada y que han sido comprobadas por el universo de pruebas documentales que reposan en el expediente. Esta serie de elementos de convicción están constituidos por una cantidad de indicios dirigidos en contra de la demandada y que claramente describe en los alegatos la parte demandante...”

Por lo tanto, cumpliendo con los tres requisitos arriba mencionados no se requiere probar el concierto de voluntades entre las empresas para cometer la infracción en forma expresa. Se puede deducir la existencia de la práctica anticompetitiva cuando por los efectos que se surten de las acciones de esta fijación de precios en el transporte se desprenden que los mismos han ocurrido sólo si existió un previo concierto de voluntades entre las empresas.

Esta aseveración se respalda con la doctrina de Galán Corona al señalar que:

*"El concierto de voluntades que existe en las prácticas concertadas, al no ser patente en múltiples ocasiones, habrá que inferirlo de la conducta empresarial teniendo en cuenta las circunstancias de mercado, la estructura de costes de las empresas, etc., datos todos que pueden conducir al convencimiento de que la actuación de las empresas responde a un cierto tipo de acuerdo o concierto... es claro también que no ha de tratarse de un acuerdo en el sentido que apunta el artículo 85 del Tratado de Roma, señalando la doctrina que el concierto que subyace a las prácticas concertadas carece de la nota de la eficacia jurídica".*¹⁵

El primer requisito se verifica con la comprobación de que todas las distribuidoras cobran el mismo precio del servicio de transporte de combustible, como se refleja en el Cuadro No.1.

El segundo requisito se observa al deducir la existencia de una relación causal entre el indicio y la práctica monopolística. La deducción se da por varias razones; en primer término por la diligencia exhibitoria practicada por la CLICAC que se pudo extraer la existencia de contactos entre las empresas para hablar de temas de interés común, lo que puede determinar que al igual que pudiesen tocar temas diversos, también es posible el de intercambiar información para la fijación de precios en el transporte. Un ejemplo de que los contactos no son extraños entre las empresas investigadas los tenemos constatados en los correos electrónicos y correspondencia encontrada en la diligencia exhibitoria realizada por la CLICAC en las empresas distribuidoras sobre algunas reuniones:

A **fojas 77. de Tomo II de expediente confidencial.** Correo Electrónico de 4 de mayo del 2000. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

En este correo electrónico podemos observar que un ejecutivo de una Distribuidora le envía una confirmación a un ejecutivo de otra Distribuidora, para la realización de una reunión con el resto de las petroleras y con [REDACTED] en las oficinas de una tercera Distribuidora de la competencia, lo que demuestra la existencia de una comunicación entre las empresas investigadas y que las mismas se reúnen simultáneamente con [REDACTED]. La simultaneidad implica una necesaria cooperación entre las empresas, lo que comprueba también que no es extraña la colaboración entre las empresas cuestionadas.

¹⁵ Galán Corona, E. Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Editorial Montecorvo, S.A., 1977.

A **Fojas 291 del Tomo II de expediente confidencial.** Carta N°2486-FRL, fechada el 19 de julio de 1999, [REDACTED]

“ ...

En esta correspondencia se observa que existe una fluida comunicación entre los miembros de una de las empresas investigadas con un miembro de una empresa competidora, sobre las conversaciones futuras para el suministro y almacenamiento conjunto de combustible en [REDACTED] Como vemos existen acercamientos entre las empresas distribuidoras lo que es un indicio sobre la existencia de comunicación entre ellas sobre temas de interés.

Otro nexo causal es la existencia de ganancias para cada una de las distribuidoras. El beneficio individual es derivado de la colaboración para mantener los precios unificados, ya que una real competencia reduciría sus márgenes. El aparato cooperativo es más beneficioso para las empresas coludidas que la rivalidad competitiva.

El tercer requisito es que otras explicaciones a los hechos no se justifiquen. Para ello exponemos posibles explicaciones. Una de ellas sería la existencia de costos comunes. Esto se aplicaría en el caso de que las cinco empresas distribuidoras dispusieran de los mismos camiones y compartieran los costos de utilización de éstos, con lo que una baja o subida en dichos costos le afectaría a todas por igual, esta situación sí podría justificar una similitud de precios. No obstante, esta razón justificativa no es dable en este caso ya que cada distribuidora se provee de los camiones que necesita, sean éstos propios o alquilados, que seguramente generan costos diferentes en cada una de ellas, ya que los clientes a los que les tienen que suministrar combustible son distintos, se encuentran ubicados en distintas áreas, son operados por personas diferentes, entre otras razones.

Adicionalmente, el tiempo transcurrido desde que se liberó el mercado del combustible es suficientemente prolongado como para que hubiesen existido ajustes en dichas tarifas en cada una de las distribuidoras. Sin embargo, vemos que sorprendentemente, las distribuidoras no cambian sus precios de transporte y deciden mantenerlos idénticos a pesar de ser ésta una importante variable de competencia.

La razón de que el efecto de la regulación anterior puede explicar este fenómeno como se mencionó anteriormente, no debe ser admitida como razonable debido a que esto implicaría que todos los sectores que han sido regulados no podrían introducir competencia debido a que siempre tendrían este efecto.

Al observar los análisis económicos esbozados anteriormente, vemos que no existe una explicación económica ni financiera, las cuales hemos descartado en ese apartado, para que todas las empresas distribuidoras mantengan los mismos precios en el transporte de los combustibles. Con el cumplimiento del tercer requisito de que no existen razones que justifiquen lo que acontece en el mercado nos llevarán a considerar la existencia de la presunta práctica, sobre todo si estos costos son una variable de competencia, por lo que después de hacer el análisis económico y jurídico correspondiente podemos llegar a las conclusiones que a continuación detallamos.

b. Conclusiones

Existe una presunta práctica monopolística absoluta de fijación de los precios del transporte de combustible a nivel de mayoristas por las siguientes razones:

- a) Existe una **restricción ilícita** a la competencia en el mercado del transporte de combustible, tal como requiere el artículo 5 de la Ley 29 de 1996.
- b) Tal restricción es producto de una **combinación** en la **fijación de los precios** del transporte de combustible estipulados según región por parte de las distribuidoras investigadas, tal como requiere el artículo 11 de la Ley 29 de 1996.
- c) Las empresas distribuidoras investigadas **son competidoras** entre sí, tal como lo requiere el artículo 11 de la Ley 29 de 1996.
- d) Tal fijación de precios no se corresponde con el comportamiento lógico del mercado, tal como requiere el numeral 2 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 31 de 1998.

B- Práctica relativa: *La acción unilateral por parte de las distribuidoras cuyo objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, a través de la imposición del precio o demás condiciones que un minorista debe observar al revender bienes o prestar servicios.*

1. Definición de los elementos constitutivos de la práctica y su relación probatoria

La ilicitud de la presunta comisión de la práctica relativa investigada se determina por la justificación razonada o la regla *de la razón* que surja de la investigación sobre las empresas involucradas.

Las razones serán justificadas y por tanto serán lícitas en el ejercicio de la libertad empresarial de las compañías distribuidoras para establecer su práctica, cuando no tengan un efecto concurrencial negativo o no refuercen su poder sustancial en el mercado pertinente.

Por tanto, dentro del análisis, habrá que verificar con la práctica investigada si las empresas distribuidoras con su acción tienen por objeto o efecto sobre las empresas minoristas:

- a) desplazarlas del mercado
- b) impedirles su acceso al mercado, o
- c) establecer ventajas exclusivas a favor de otra empresa

Si ocurre alguna de ellas se prosigue con el análisis de la supuesta práctica, de lo contrario, se descarta. El segundo paso es comprobar si las empresas distribuidoras han incurrido en algunos de los numerales tipificados en el artículo 14 de la Ley 29 de 1996. De esta manera si se comprueba el numeral supuestamente vulnerado, será necesario verificar si las empresas denunciadas ostentan poder sustancial en el mercado pertinente durante la comisión de la acción unilateral, de lo contrario se descarta que las empresas estén realizando una práctica monopolística relativa al tenor del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 29 de 1996. Si esto se verifica, la eliminación de tales prácticas supondría un restablecimiento de las condiciones concurrenciales que beneficiarán a los consumidores y es deber de la CLICAC interponer las acciones que la ley le confiere.

a. Cumplimiento de los supuestos:

(1) Restricción a la competencia

La Ley 29 de 1996 está orientada a lograr la prevalencia de la libre competencia en el mercado panameño y busca que en todos los mercados regulados por ella pueda desarrollarse un sistema económico que tenga como soporte la libre iniciativa privada, con el fin de que la actividad económica de los distintos participantes, en este caso de la cadena de comercialización de combustible, se realice libre de trabas, y los resultados que de su libre ejercicio obtengan sean fruto del natural desempeño de las reglas de la oferta y la demanda; protección que, al ser otorgada, les impone de igual manera, como obligación, la de abstenerse de restringir la libertad de competencia.

La restricción a la competencia por la acción unilateral de las empresas distribuidoras en la imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios se produce cuando surge una anulación en la libertad de determinar los precios generando una restricción ilícita a la libertad económica del ejercicio comercial de las empresas minoristas, que tenga por objeto o efecto desplazarlas, impedirles el

acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de otras empresas, ya que esto tiene un efecto concurrencial en el mercado.

(2) Acción unilateral para fijar precios a los minoristas con el objeto de desplazar

La acción unilateral consiste en la imposición de precios mediante el abuso de su poder sustancial en el mercado pertinente y así influenciar en forma notable en las decisiones de otros agentes económicos. Se ha de comprobar por tanto si en la imposición de los precios se infringen normas de defensa de la competencia, es decir, si la libertad de determinar precios por un agente económico está siendo anulada por la empresa con poder sustancial.

La libertad de establecer precios es una variable de competencia muy importante, tanto que en la doctrina la consideran como el elemento más importante de competir. Francisco Hernández nos comenta lo siguiente:

“Los precios no son el único instrumento del que una empresa dispone para competir, pero sí uno de los más importantes. Para que los precios puedan cumplir de forma debida su función económica es suficiente que se mantenga la libertad de iniciativa económica en un entorno competitivo. Es imprescindible que los poderes públicos respeten y garanticen la libre fijación de precios en el mercado. Ahora bien, dado el enorme potencial anticompetitivo que pueden presentar los precios, no es suficiente una actitud puramente pasiva.”¹⁶

Las empresas distribuidoras investigadas están fijando precios a nivel de minoristas mediante el mecanismo de incentivos/subsidios. En el de sus propias estaciones fijan directamente los precios a través de los encargados. Este mecanismo de incentivos obliga a los minoristas a establecer el precio estipulado por las empresas distribuidoras debido a que no tienen alternativas para establecer otros precios como veremos más adelante.

Los minoristas son empresarios independientes de las distribuidoras, éstos asumen un riesgo como empresarios cuando incursionan en el mercado del combustible, y deben tener libertad para fijar sus precios de acuerdo a la libre oferta y demanda.

El **mecanismo de incentivo** consiste en ofrecer un subsidio (incentivo o descuento) por galón vendido al consumidor al precio elegido por la distribuidora. El monto del subsidio está relacionado con la diferencia entre el precio de venta real al público de la estación respecto al precio elegido por la distribuidora. Por ejemplo, si el precio elegido por la distribuidora era B/. 1.80 con la condición de darle al minorista hasta 10 centavos de incentivo para la fijación de este precio y el precio final de venta de la estación es B/. 1.85, es decir, 5 centavos de diferencia respecto del precio elegido por la distribuidora, ésta sólo le reconocerá 5 centavos de incentivo con lo cual siempre existe una fuerte dependencia del minorista para vender al

¹⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. “Precios Predatorios y Derecho Antitrust”. Marcial Pons, Editores. Madrid, 1997.

precio fijado por la distribuidora. Este mecanismo de incentivo se aplica para establecer, por parte de las distribuidoras, precios mínimos a los minoristas con la intención de controlar los precios.

También pudiera ser el caso, por ejemplo, que el precio elegido por la distribuidora para la venta del galón de combustible fuese B/. 1.80 y que este precio se correspondiera con el precio de venta al minorista (costo por galón para este último). En consecuencia, el minorista estaría vendiendo a cambio del llamado subsidio de hasta 10 centavos. Si este minorista vendiera por encima de B/. 1.80 (precio elegido) a B/. 1.83 sólo recibiría B/. 0.07 centavos de incentivo y su precio de venta al consumidor, en la medida en que se alejara del precio elegido por el distribuidor, lo haría menos atractivo para los consumidores y en consecuencia su volumen de venta se vería afectado, situación que se convierte en un mecanismo para forzar los precios hacia el nivel del precio elegido por los distribuidores en cada oportunidad.

Por otra parte, en la CLICAC un dueño de estación de gasolina presentó una queja contra la empresa The Shell Company, que fue debidamente adjuntada al expediente sometido a investigación. En esta denuncia el denunciante, a través de apoderado legal, establece que existe un mecanismo de incentivo que aplican las distribuidoras de combustible para imponer precios, en sus palabras indica:

[REDACTED]

Es importante señalar que el precio elegido por el distribuidor tiene un peso específico en el comportamiento de los precios al consumidor en el mercado en la medida de que las distribuidoras, a través de las estaciones de servicio de su propiedad, operadas directamente o bajo su control (comisionistas), pueden imponer los precios, y con esta medida también fuerzan al minorista concesionario a que se ajuste a las posturas de las primeras.

Las distribuidoras establecen un rango dentro del subsidio, un subsidio tope que se otorga cuando los minoristas se alejan del precio elegido por las primeras, que puede oscilar entre 7 y 10 centavos. Cualquier precio por arriba o por debajo de este rango sobre el precio elegido por la distribuidora, dependiendo de la intención de ésta de subir o bajar los precios, causa la eliminación inmediata del subsidio.

(i) Pruebas de la existencia del mecanismo de incentivo

[REDACTED]

(ii) Imposición de Precios a través del mecanismo de incentivos

Esta situación en que se encuentran los minoristas, con la utilización por parte de las distribuidoras del mecanismo del incentivo, siempre condiciona al minorista a mantenerse dentro de los precios fijados por las distribuidoras. Esto es así debido a que el precio de la competencia, es decir, de las otras estaciones que reciben el subsidio o que son operadas por las propias distribuidoras, presentan precios bajos en comparación con el precio al que compra el minorista a su distribuidor. Esta diferencia obliga al minorista a obedecer a la distribuidora para poder “competir” en el mercado, dado el grado de dependencia que tiene a este subsidio. La imposición se evidencia porque el minorista está presionado a fijar el precio señalado por la distribuidora para no recibir un perjuicio, como sería el retiro del subsidio.

Prueba de esta imposición hacia los minoristas la encontramos en los mismos expedientes contentivos de la diligencia exhibitoria antes mencionada.

[REDACTED]



(iii) Efecto de la imposición de precios a través del mecanismo de incentivo:

Desplazamiento

Tal como hemos podido observar en los extractos anteriores, las distribuidoras imponen los precios de reventa del combustible a los minoristas y les fijan los márgenes de comercialización, lo cual influye directamente en el precio al ser una variable del mismo. La doctrina establece que quien fija márgenes está fijando precios, al ser un componente del mismo. Esta situación podría provocar un desplazamiento de los agentes económicos receptores de esta imposición. Veamos como ha ocurrido dicho desplazamiento a través del tiempo.

- Criterio de desplazamiento

Existe desplazamiento cuando una empresa abusando de su poder sustancial hace que otra salga del mercado o cambie sus condiciones en el mismo, como sería pasar de concesionario a comisionista o a ser operada directamente por la distribuidora o una empresa perteneciente al mismo grupo económico de ésta.

Las estaciones operadas por comisionistas son en la práctica operadas por una persona que responde a los intereses de la distribuidora, y por lo tanto, debe seguir la política de precios que ella le impone, a su vez ésta recibe una comisión por las ventas realizadas como retribución. Es como un vendedor de una empresa que recibe una comisión por el valor o volumen de ventas realizado. Por este motivo consideramos a las estaciones operadas por comisionistas como parte de las estaciones que también responden a las políticas de precios de las distribuidoras.

En el expediente no consta el número de estaciones de bandera blanca. Esta información no ha sido suministrada por ADIGAS ni por las distribuidoras de combustible. Sin embargo, estas estaciones no serán tomadas en cuenta para nuestro análisis, ya que la práctica que analizamos es el acto unilateral realizado individualmente por cada una distribuidoras de imponer precios a sus correspondientes minoristas que tienen suscritos contratos con cláusulas de exclusividad, cuyo efecto ha sido el desplazamiento indebido de éstos (estaciones de concesionarios) del mercado pertinente que se definirá.

- Estructuración del mercado

Es importante inicialmente conocer la estructura del mercado de estaciones que estamos analizando. En este sentido, presentamos a continuación el número de estaciones que representan a cada una de las distribuidoras, sin tomar en cuenta si la estación es de la distribuidora o de un tercero.

Es importante aclarar que lo que debe analizarse es la operación de la estación, no su propiedad. En una estación, aún cuando la propiedad del terreno sea de un tercero, una persona particular que la opera, además de los mecanismos de incentivos, establecería los precios al consumidor. Pero si la operación de la estación la realiza la distribuidora, ésta es la que establece la política de precios.

Por otro lado, la propiedad del terreno puede ser de la distribuidora, pero si la operación la realiza el concesionario, en principio la política de precios la determina el concesionario y él debe tener la libertad de establecer los precios que crea conveniente. Aunque existen indicios que nos hacen pensar que en la práctica, la distribuidora también le está imponiendo el precio de venta a los concesionarios.

CUADRO No. 2. NÚMERO DE ESTACIONES POR DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIBLE Y PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE CADA DISTRIBUIDORA EN EL TOTAL

[Redacted text]

[Redacted text]

[REDACTED]

Estos cuadros están hechos con base en el número de estaciones, lo que no quiere decir que esa sea la participación de mercado con base en el volumen de ventas en galones de cada distribuidora. Los cuadros que expondremos a continuación están hechos todos con base en el número de estaciones, que es la variable que analizaremos para demostrar el desplazamiento que ha ocurrido en el mercado de combustible en los dos últimos años, principalmente.

A continuación presentamos el número de estaciones propiedad de las distribuidoras y la participación de cada una sobre el total de estaciones.

CUADRO No. 3. NÚMERO DE ESTACIONES PROPIEDAD DE LAS DISTRIBUIDORAS Y PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE CADA DISTRIBUIDORA EN EL TOTAL

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

El número de estaciones cuyos propietarios son los concesionarios, lo que no significa que los concesionarios operan la estación, ya que puede hacerlo un tercero ajeno a éste del terreno o la misma distribuidora, lo presentamos a continuación.

CUADRO No. 4. NÚMERO DE ESTACIONES PROPIEDAD DE CONCESIONARIOS Y PARTICIPACIÓN PORCENTUAL EN EL TOTAL

[Redacted text]

Analizaremos el régimen de operación de la estación de servicio, que es donde enfatizaremos el análisis y es la práctica que estamos denunciando.

[Redacted text]

[Redacted text]

[Redacted text]

[Redacted text]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

CUADRO No. 5 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]

Por lo tanto, reconocemos las estaciones operadas por Petrocentro como operadas por Accel. Igualmente reconocemos las estaciones operadas por ADALSA como operadas por Texaco. Como ya manifestamos, las estaciones operadas por Comisionistas también son reconocidas como operadas por la distribuidora, ya que de hecho ella determina la política de precios. Considerando lo anterior, mostramos a continuación el número de estaciones operadas por las distribuidoras.

CUADRO No. 6. NÚMERO DE ESTACIONES OPERADAS POR LAS DISTRIBUIDORAS Y PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE CADA DISTRIBUIDORA EN EL TOTAL

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
------------	------------	------------	------------	------------	------------

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- Resultado Final

estaciones, pero también se nota desplazamiento en las provincias de [REDACTED]
[REDACTED] Es decir, un total de [REDACTED] estaciones
desplazadas en sólo dos años (2000 y 2001).

Según nota enviada por Adigas a la CLICAC el 1° de febrero de 2001 (foja 230 de expediente
confidencial) se señala que:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] es la distribuidora que sigue en cuanto a desplazamiento de concesionarios, con [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] desplazó a [REDACTED] estaciones concesionarias en el año 2001, de éstas [REDACTED] están
ubicadas en Panamá y [REDACTED] en Veraguas. No desplazó ninguna estación durante el año
2000.

[REDACTED] desplazó a [REDACTED] concesionarios en el año 2000 y otros [REDACTED] en el año 2001. Estas
[REDACTED] estaciones eran de la provincia de Panamá.

Por las razones expuestas en el cuadro anterior, no podemos determinar el número de
estaciones desplazadas por [REDACTED] La CLICAC, en la diligencia exhibitoria preguntó en varias
ocasiones si [REDACTED] operaba alguna estación y si [REDACTED] era del mismo grupo económico
de [REDACTED]. La respuesta a ambas preguntas fue negativa. De hecho en los cuadros con los
nombres de las estaciones en la columna de "operación propia" no se marca ninguna estación,
sino que todas son operadas por concesionarios. Luego se demostró, como se mencionó
anteriormente, que la Junta Directiva de [REDACTED] es exactamente igual a la de [REDACTED], lo que
constituye un fuerte indicio de que pertenecen al mismo grupo económico.

En forma general se nota que el mayor número de desplazamientos se ha dado en la provincia
de Panamá, lo cual tiene su explicación ya que en la ciudad se encuentra el mayor número de
estaciones y el principal centro de consumo.

Hemos resumido el número de estaciones que han sido desplazadas por cada una de las
distribuidoras en cada uno de los años analizados en el siguiente cuadro:

Este desplazamiento se ha hecho de forma unilateral por cada una de las distribuidoras a cada una de las estaciones que tienen una relación contractual de exclusividad con ellas. Este acto unilateral ha tenido el efecto de desplazar indebidamente a otros agentes económicos (estaciones de combustible). Para esto han ejercido su poder de mercado unilateral que explicaremos en detalle en el próximo punto.

(3) Poder sustancial en el mercado pertinente

Una vez que hemos comprobado que existe una restricción a la competencia y que dicha restricción es ocasionada por una acción unilateral por cada una de las empresas petroleras consistente en producir desplazamientos del mercado a los minoristas debemos determinar si estas distribuidoras tienen poder sustancial en el mercado pertinente del combustible. Tal como se señala en el artículo 15 de la Ley 29 de 1996.

*“Artículo 15. **Supuestos de Hecho.** Las prácticas monopolísticas relativas se considerarán violatorias de la presente Ley, únicamente si se comprueba la existencia de los dos supuestos siguientes:*

- 1. Que el agente tenga poder sustancial sobre el mercado pertinente, y*
- 2. Que dichas prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.”*

Primero definiremos el mercado pertinente y posteriormente el poder sustancial.

(i) Mercado Pertinente

El mercado es el conjunto de productos, áreas geográficas y restricciones normativas en que la competencia entre las empresas es más directa. La definición de un mercado es el proceso de identificación del conjunto de productos, de agentes económicos (compradores y productores) y áreas geográficas que efectivamente limitan las decisiones referentes a precios y cantidades de una empresa, esto es, del grupo de productos y áreas geográficas que determinan la oferta de productos sustitutos más cercanos.

El mercado pertinente se determinará en términos de los bienes o servicios (de ahora en adelante simplemente productos) que lo componen (dimensión del producto) y del área geográfica para la cual la venta de estos productos es económicamente viable (dimensión geográfica). El artículo 16 de la Ley 29 de 1996 establece los criterios para determinar el mercado pertinente:

*“Artículo 16. **Determinación del Mercado Pertinente.** El mercado pertinente en el caso de que se trate, se determinará en base a los criterios siguientes:*

- 1. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, y la capacidad de los consumidores de contar con bienes o servicios sucedáneos;*

2. *Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos, de sus complementos y de sus sustitutos dentro del territorio nacional o en el extranjero, teniendo en cuenta los costos de transporte, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado pertinente;*
3. *Los costos y posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados, y*
4. *Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”*

La determinación del mercado pertinente se define a través del mercado producto que busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética para poder imponer un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo. Tal conjunto incluye aquellos productos hacia los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores si se produjera un incremento dado en el precio de cualesquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo. El mercado producto se analiza desde la sustituibilidad de la demanda como de la oferta. El mercado geográfico se determina por la posibilidad de desplazarse geográficamente para optar por otro proveedor y finalmente las restricciones normativas que limitan el acceso de los consumidores a fuentes de abasto alternas. En este orden descrito iniciaremos nuestro análisis.

- **Sustituibilidad por el lado de la demanda**

Desde el punto de vista de la demanda, es necesario determinar en qué medida los compradores o consumidores estarían dispuestos a desplazar su decisión de consumo hacia otros productos sustitutos.

Si la respuesta de los consumidores ante incrementos en los precios es que éstos no se cambiarían a demandar ningún otro producto y pagarían un precio más alto, entonces es correcto considerar el producto singular como la totalidad del mercado en términos de producto.

En este caso las estaciones de combustible tienen contratos de exclusividad con las distribuidoras y aunque éstas le cobren un precio más alto no pueden cambiar de proveedor de los combustibles que venden a los consumidores. No existe otra alternativa de insumos para los concesionarios, sólo las estaciones de bandera blanca pueden cambiar de proveedor de combustible (cambiándose de distribuidora). En esta parte de la investigación nos hemos circunscrito a las estaciones operadas por concesionarios, por lo que en esta práctica hemos excluido del análisis a las estaciones de bandera blanca.

Las distribuidoras de combustible venden a las estaciones dos tipos básicos de combustibles (gasolina y diesel), de los cuales existen (o existían) variaciones como Gasolina regular (ya no

existe), gasolina Premium o Super (hoy día existe de 91 y 95 octanos)¹⁷, Diesel corriente y mejorado.

Las prácticas de imposición de precios que hemos explicado se dan indistintamente para todos los tipos de combustible sin hacer distinción con ninguno en particular. Las barreras y limitaciones que tienen las estaciones se dan en todos los combustibles por igual.

Las estaciones de combustible abastecen a particulares y empresas. Siendo los clientes personas (naturales y jurídicas) que poseen un auto, una camioneta, un camión, equipo pesado o cualquier otro equipo rodante en general que requiera combustible (gasolina o diesel) para funcionar.

Estos combustible no pueden ser sustituidos por otro tipo de combustible o por otro medio de generación de energía (energía eléctrica, eólica, térmica, nuclear, magnética, entre otras), cada tipo de equipo rodante está diseñado para un tipo de combustible específico. En nuestro país, hasta el momento, sólo existe equipo rodante de combustión interna generada por gasolina o diesel.

No es factible a corto plazo la intercambiabilidad funcional de un auto de utilizar un tipo de combustible fósil (gasolina y diesel) a utilizar otro tipo de combustible o energía. No existe un mercado de productos sustitutos de segunda mano, reciclados o reacondicionados. El combustible debe ser refinado y sin haber sido utilizado para poder ser usado por el equipo rodante. Los dueños de éstos deben abastecerse obligatoriamente en estaciones de combustible, no tienen otras alternativas, ni existen mercados secundarios válidos, funcionales y seguros que puedan considerarse sustitutos de las estaciones.

Volviendo a nuestra afirmación inicial, la demanda de los compradores está limitada y no se puede desplazar su decisión de consumo hacia otros productos sustitutos. Considerando esto, se determina que el mercado producto es la comercialización y distribución de combustible para equipo rodante de cada una de las distribuidoras.

Es decir, existen cinco mercados productos, uno para cada distribuidora de combustible. Esta diferenciación es hecha por la estructura del mercado de combustibles (donde existen los contratos de exclusividad) y la naturaleza de la práctica, la cual es unilateral. Cada distribuidora tiene su política de precios, la cual puede imponer únicamente a las estaciones de su marca, sin ningún tipo de respuesta efectiva por parte de las estaciones si no están de acuerdo con su política.

¹⁷ Antes existía la diferenciación de gasolina super y gasolina sin plomo. Hoy día ambas gasolinas son sin plomo y la diferenciación se da por el octanaje. La gasolina de 91 octanos fue introducida al mercado a finales del año 2001. Cada distribuidora ha asignado un nombre comercial diferente a sus gasolinas de 91 y 95 octanos.

- **Sustituibilidad por el lado de la oferta**

La sustitución en la oferta es la posibilidad de que una empresa que vende un producto determinado pueda comenzar a fabricarlo y venderlo a corto plazo sin tener que realizar inversiones significativas para adaptar sus instalaciones productivas. En el caso de que el mercado producto se haya definido en relación con actividades de distribución y/o comercialización, se evaluará la posibilidad de entrada de nuevos participantes que se dediquen a esa misma actividad respecto al mercado producto que se ha definido.

Las distribuidoras de combustible se dedican a la distribución y comercialización de combustible. Solamente la empresa Texaco, que es también propietaria de la Refinería Panamá, participa también en la actividad de refinado y procesamiento de combustible, además de ser REFSPAN un importador cuando sus inventarios no llegan a cubrir la demanda de combustibles de diez días a nivel nacional.

De allí que el análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta pretende identificar los participantes en el mercado, de modo que se incorporen al mismo aquellas firmas que no están instaladas en la fabricación o suministro del bien objeto de análisis, pero que podrían hacerlo en un corto plazo y a un bajo costo.

La competencia potencial de vendedores que podrían entrar a producir el producto relevante no podrá materializarse como tal si los vendedores tuvieran dificultades para acceder a las redes de distribución y de mercadeo de los productos, o si se requiere de nuevas instalaciones de producción o distribución para poder vender en una escala significativa.

Como hemos mencionado, en el país existen cinco distribuidores de combustible a nivel nacional. Para que una nueva empresa se establezca sólo para distribuir (comprando los combustibles a Refinería Panamá o importándola de otro país) tendría que hacer inversiones millonarias en activos fijos como tanques de almacenamiento, dispensadores, edificios, instalaciones. Muchos de estos son costos hundidos irrecuperables en caso que la empresa decida retirarse del negocio. Además, de los considerables costos hundidos que existen y las fuertes inversiones que deben realizarse, la nueva empresa debe invertir fuertes sumas en redes de distribución (camiones cisterna, entre otros) y mercadeo para ganar la confianza del consumidor y posicionarse dentro del mercado.

Como vemos, una nueva firma no podría establecerse en el mercado a un corto plazo ni con un bajo costo para ser un rival efectivo. Existen grandes barreras a la entrada de índole financiero que hacen difícil la entrada de un nuevo agente económico al mercado de

combustible en Panamá. Además de las barreras ya explicadas, para un importador también existe una barrera adicional que es la tasa de protección que en estos momentos es del 11%.

Es necesario señalar que aunque se elimine la tasa de protección producto del cambio en las operaciones de Refinería Panamá, (de productor a importador) sigue siendo, a corto plazo, no viable para un importador sin infraestructura en el país penetrar en el mercado panameño. Los cinco distribuidores actualmente establecidos en el país son los únicos que se beneficiarían de la eliminación de la tasa de protección ya que poseen la infraestructura, los canales de comercialización y como parte de éstos, las exclusividades vinculadas a la marca y el usufructo de activos propios de la distribuidora como son, entre otros, los tanques de almacenamiento y surtidores, al igual que una marca conocida.

Aquellos competidores potenciales cuyo ingreso al mercado no sea susceptible de ser realizado con relativa facilidad, ya sea porque requieran incurrir en costos hundidos o necesiten de un plazo de tiempo mayor, no serán considerados como competidores dentro del mercado pertinente. Por lo tanto, no existe sustituibilidad por el lado de la oferta. La oferta la componen, en estos momentos, según las condiciones y estructura de mercado actual, las cinco distribuidoras de combustible ya establecidas en nuestro país.

- **Mercado Geográfico**

La definición de mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado pertinente. En particular, se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos identificados en la delimitación del mercado producto, en términos de precios, disponibilidad y calidad. Si al producirse variaciones en los precios de los productos los demandantes pudieran trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas, los productores localizados en esas áreas geográficas entrarían dentro del mercado pertinente a ser considerado.

En el análisis de mercado geográfico es necesario dilucidar si hay alternativas al producto localizado en el área geográfica donde operan las empresas, sea que éstas provengan del ingreso de productos fabricados en otras áreas geográficas cuyos oferentes no tienen presencia en el área analizada, o de la entrada de fabricantes provenientes de esas otras áreas geográficas.

Considerando que se ha determinado un mercado-producto, el cual es la comercialización y distribución de combustible para equipo rodante, existen cinco agentes económicos en este mercado producto los cuales son las cinco distribuidoras de combustible. Estas cinco empresas distribuidoras abastecen a todo el mercado nacional y tienen un precio de lista base al que venden a todas las estaciones. De este precio de lista existen incentivos y subsidios producto

de volumen de ventas, relaciones contractuales, condiciones específicas del mercado y otras razones que se expondrán en un punto posterior.

Otra variable que diferencia el precio al que venden las distribuidoras a las estaciones es el transporte. Todas las distribuidoras establecen los precios similares a la tabla de precios fijados en su momento por la anterior Oficina de Regulación de Precios (ORP) en donde se estipulaba una cantidad determinada de centavos por galón con base en la ubicación de la estación de combustible. Las estaciones, debido a los contratos de exclusividad, deben comprarle a una distribuidora específica, no pudiendo tampoco comprar directamente a REFSPAN, sin importar el precio al que le vendan a las estaciones no pueden desplazar su compra a otra distribuidora o a otra región para obtener un mejor precio. Están atados a una distribuidora específica y a un costo de transporte dado, en los cuales no existe poder de negociación por parte de las estaciones.

En las condiciones actuales, a las estaciones les resulta imposible importar el producto terminado. Incluso a las estaciones de bandera blanca les resulta prohibitivo importar por las mismas razones por las que es difícil para las distribuidoras hacerlo. Para las estaciones de bandera blanca sería mucho más difícil aún. Lo que sí pueden hacer es buscar otro distribuidor para obtener un mejor precio. Si cuentan con sus propios camiones cisternas, no tendrán que pagar los costos de transporte de la distribuidora sino que asumirán sus propios costos de transporte.

Las cinco distribuidoras de combustible abastecen el mercado nacional y tienen estaciones de combustible que las representan en la mayoría de las provincias del país. Sólo no tienen representación algunas distribuidoras en provincias de difícil acceso como Darién y Bocas del Toro.

Tomando en cuenta las variables antes descritas, el mercado geográfico es todo el territorio de la República de Panamá.

- **Restricciones Normativas**

En cuanto a las restricciones normativas, éstas también deben ser tomadas en cuenta al momento de establecer el mercado pertinente. El numeral 4 del artículo 16 de la Ley 29 de 1996 que determina los criterios bases sobre los cuales se definirá el mercado correspondiente, indica lo siguiente: *“4. Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”* .

Como restricciones legales en este mercado tenemos los contratos de exclusividad que suscriben cada una de las empresas distribuidoras con su canal de distribución (estaciones de

combustible). En ese sentido, es propicio analizar los distintos tipos de contratos que cada una de las distribuidoras suscriben con sus clientes (estaciones de servicio), a fin de que podamos determinar si existen limitaciones de acceso a otros proveedores producto de estos contratos, o si contrariamente a esto, las estaciones de gasolina (minoristas) están en libertad de elegir su suministrador, cuando éste unilateralmente modifica los precios o las condiciones del servicio.

Si analizamos los tipos de contratos que suscriben las compañías distribuidoras con las estaciones de servicios podemos apreciar que existen, básicamente, tres tipos de contratos:

1- Contratos de Concesión: Es aquel en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado.¹⁸

La concesión es entonces el contrato por medio del cual un comerciante denominado concesionario coloca su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, asegurando de esta manera la exclusividad de la distribución (reventa de sus productos) sobre un territorio determinado, durante un periodo limitado y bajo vigilancia del concedente.¹⁹ El Concesionario es la persona que se compromete a adquirir lo que el concedente se compromete a venderle y, en consecuencia, el concesionario es quien pone su empresa y su organización al servicio del que le suministre (concedente), no a la inversa.

En el contrato de concesión, el concedente no tiene que hacer inversiones financieras previas y posee una gran libertad para establecer nuevas concesiones o renovar las existentes, ya que los concesionarios son considerados como comerciantes independientes. La concesión más típica se da en el sector de automóviles.²⁰

Por otra parte, es importante anotar que los contratos de concesión pueden estar acompañados de un contrato de suministro y de comodato, con lo cual el concedente garantiza la compra de su producto por el mismo periodo que dure la exclusividad de la concesión, así como la utilización de su equipo por parte del concesionario.

¹⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, “Contratos Mercantiles, Tomo II, Contratos Atípicos, Biblioteca Jurídica Dike, tercera Edición. 1998. Pág.270-271.

¹⁹ VANEGAS SANTORO, Antonio, “El Contrato de Franquicia”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá Colombia, 1999.

²⁰ Ídem. Pág.121.

2- Contratos de Alquiler: El contrato de alquiler se puede definir como aquel por medio del cual una parte, denominada Arrendador, se obliga a transmitir el uso o aprovechamiento de una cosa en forma temporal, a otra llamada arrendatario; quien se obliga a su vez a pagar por esa prestación, un precio cierto y determinado.

El contrato de arrendamiento es por naturaleza autónomo, es decir, no depende de la existencia de otro contrato para su propia existencia, sin embargo no excluye la posibilidad de convivir con otros tipos de contrato, como lo sería el de suministro y comodato.

Ahora bien, de manera general, el contrato de arrendamiento que identifican o evidencian las distribuidoras consiste en dar en arrendamiento a un minorista o persona natural, un espacio físico propiedad de la distribuidora, y unido a ello, un contrato de suministro de combustible (el cual usualmente tiene el mismo término de duración que el contrato de arrendamiento) y un contrato de comodato de equipo, para facilitar la instalación de la estación de servicio.

A través de este contrato, el arrendatario deberá pagar al arrendador (distribuidora) un precio fijo en concepto de canon de arrendamiento, y en teoría, el arrendatario debe tener libertad para fijar sus precios, igual que en los contratos de concesión.

3- Contratos de Comisión: El contrato de comisión es aquel en virtud del cual el mandatario (llamado comisionista) se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona (comitente)²¹

Las características más comunes a este tipo de contratos son:

- a) La comisión se rige por principios generales similares a los del mandato.
- b) El encargo del comisionista debe ser un acto de comercio.
- c) En la mayoría de los casos el comisionista es un profesional.
- d) El contrato de comisión puede ser representativo o no representativo, es decir, el comisionista puede obrar en nombre propio o en nombre del comitente.

En la actualidad, las distribuidoras utilizan este tipo de contratos tanto sobre las estaciones que son de su propiedad como en las que no lo son. Existen casos en los cuales un empleado de la distribuidora maneja la estación o de igual manera puede establecerse que el dueño o propietario de la estación cambie su relación comercial de concesionario a comisionista, siendo el mayorista, en ambos casos, quien fija el precio de venta y el minorista quien vende los productos “por cuenta y representación del mayorista”. El pago de la comisión queda establecida mediante contrato.

²¹ SANCHEZ CALERO, Fernando, “Instituciones de Derecho Mercantil”, décimo quinta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág.457.

Si analizamos los contratos antes mencionados podemos apreciar que cada uno de ellos tienen elementos que los diferencian y presentan derechos y obligaciones distintas para las partes. Analicemos cada uno de estos tipos de contratos, pero ahora comparados con los que fueron recabados en la Diligencia Exhibitoria.

El contrato de Concesión:

[Redacted text block containing multiple paragraphs of information, all obscured by black bars.]

Contrato de Comisión u Operador: [REDACTED]

Después de estudiar los criterios expuestos arriba definimos el mercado pertinente como la comercialización y distribución de combustible para equipo rodante, en el territorio de la República de Panamá en cada una de las empresas distribuidoras investigadas, es decir, existen 5 mercados pertinentes, uno por cada distribuidora con base en los elementos de definición de éste.

(ii) Poder Sustancial

Una vez definido el mercado pertinente tenemos por lo tanto que determinar si los agentes económicos investigados tienen poder sustancial en éste para lo cual se tomarán en cuenta los factores expuestos en el artículo 17 de la Ley 29 de 1996, los cuales son:

1. *Su participación en este mercado y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad;*
 2. *La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto las barreras como la oferta de otros competidores;*
 3. *La existencia y poder de los agentes competidores;*
 4. *Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;*
 5. *Su comportamiento reciente, y*
 6. *Los demás criterios que se establezcan mediante decreto ejecutivo”.*
- (énfasis suplido)”

En el caso específico que analizamos el mercado lo compone la distribución y comercialización de combustibles de las distribuidoras a las estaciones; donde cada distribuidora por separado representa un mercado pertinente. Esto quiere decir que la distribuidora tiene el 99% de la participación de mercado, debido a los contratos de exclusividad. No obstante, cabe señalar que este no es el criterio único, para determinar el poder de mercado.

Frente a la segunda parte del primer criterio que establece la norma podemos acotar que las distribuidoras de combustible tienen capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los competidores puedan efectiva o potencialmente contrarrestar dicha capacidad por la existencia de los contratos de exclusividad que suscriben las distribuidoras de combustible con las estaciones.

Las estaciones se ven obligadas a comprar a la distribuidora específica y no pueden desviar su compra hacia otro distribuidor en caso que el precio o las condiciones de la venta no les sean convenientes. Las estaciones tampoco pueden comprar directamente a Refinería Panamá o importar, ya que las cláusulas de los contratos de exclusividad que firman con las distribuidoras se lo prohíben. Es decir, los agentes económicos que sufren la práctica no tienen posibilidad de acceso a otras fuentes de insumo.

Cabe aclarar que aunque los competidores (las otras distribuidoras de combustible) sí tienen acceso a otras fuentes de insumos (Refinería Panamá o importaciones, esta última con las condiciones actuales es muy difícil que se dé), un competidor no puede penetrar el acuerdo de exclusividad existente y ofrecer su producto a otras estaciones (que no son de su marca) con unas mejores condiciones de venta²². La única excepción como hemos mencionado anteriormente son las estaciones de bandera blanca, las cuales sí pueden comprarle a la distribuidora que les ofrezca mejores precios y/o condiciones de venta.

En cuanto al segundo aspecto, barreras a la entrada, igualmente podemos apreciar que el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N°31 de 1998 indica en su parte final que: *“Identificados los bienes y servicios del área geográfica que componen el mercado pertinente, se procederá a determinar si el agente económico tiene o no poder sustancial en dicho mercado, usando los criterios del artículo 17 de la Ley y los artículos 12 y 13 de este Decreto Ejecutivo, conforme al cual un agente económico podría imponer o mantener un incremento, significativo y no transitorio de precios por encima de los niveles existentes en ausencia de tal acto o práctica”* (énfasis suplido)

En ese sentido el artículo 12 del mencionado decreto establece que para determinar el poder sustancial que una empresa tiene sobre el mercado es importante verificar las barreras a la entrada que dicho agente posee sobre el mismo. De esta manera el artículo en comento establece:

*“Artículo 12. **Barreras a la entrada.** Para determinar la existencia de barreras a la entrada al mercado pertinente, en los términos del numeral 2 del artículo 17 de la Ley, se considerarán, entre otras:*

“... ”

1. La existencia de restricciones creadas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado pertinente;

... ”

2. La existencia en el mercado pertinente de restricciones legales a la producción de bienes, prestación de servicios o distribución o comercialización de los mismos.”

(énfasis suplido)

Como barreras a la entrada para nuevos competidores tenemos los acuerdos de exclusividad. Existen otras barreras a la entrada que hemos explicado en el punto del mercado analizado, entre las que podemos mencionar: fuertes inversiones en activos fijos que no tienen otro uso, y por lo tanto, se convierten en costos hundidos, economías de escala, alcance y transacción, canales de distribución y posicionamiento de la marca.

Como barrera a la salida tenemos el costo que tiene que pagar la estación en caso de querer rescindir el contrato antes de su fecha de finalización. Si espera que termine el vencimiento del contrato y desea convertirse en estación independiente (bandera blanca) debe realizar fuertes inversiones en activos fijos como tanques de almacenamiento y dispensadores, entre otros.

²² Existen en teoría dos formas, rescindir el contrato o esperar que el contrato venza. La primera es muy oneroso y la segunda será a corto plazo únicamente en los contratos próximos a vencer.

Estas barreras a la entrada y a la salida, que no existan fuentes alternas de insumos y que las distribuidoras puedan restringir el abasto en el mercado, sin que las estaciones puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad; son elementos que constituyen el poder de mercado de cada una de las distribuidoras sobre las estaciones con las que tienen una relación contractual. Este poder de mercado lo tienen y ejercen cada una de las distribuidoras en el mercado pertinente identificado.

Otra variable que demuestra el ejercicio del poder de mercado de las distribuidoras es el deterioro de los márgenes de comercialización de las estaciones a través de los años, desde 1992 cuando se liberó el mercado hasta la fecha. [REDACTED]

[REDACTED] Por otro lado, mientras estos márgenes se deterioran, los márgenes de las distribuidoras se incrementan. [REDACTED]

Analizando la evolución de los márgenes promedios de comercialización de los mayoristas²⁴ podemos resumir el incremento de los márgenes en el siguiente cuadro:

CUADRO No. 9. VARIACIÓN PROMEDIO DE LOS MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN DE LAS DISTRIBUIDORAS

23 [REDACTED]

24 [REDACTED]

1992 Y 2000

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: [REDACTED]

El otro aspecto a analizar para determinar el poder sustancial es el comportamiento reciente. Según detallamos anteriormente, existen múltiples pruebas que el comportamiento reciente de las distribuidoras ha sido ejercer su poder de mercado en contra de las estaciones. Les imponen condiciones de comercialización y las han desplazado del mercado, principalmente en los últimos tres años. Mediante las comunicaciones internas y los fragmentos de informes de ventas que hemos transcrito, entre otros argumentos, se indica de forma explícita y no sólo económica la existencia del poder de mercado y su ejercicio.

Con todos los elementos y variables antes descritos podemos afirmar que las distribuidoras de combustible tienen poder de mercado y lo han ejercido.

Además de los aspectos económicos que hemos detallado, y después de analizar cada uno de los tipos de contratos con cláusulas de exclusividad que se manejan en la industria del combustible podemos apreciar y concluir que cada una de las distribuidoras tiene poder sustancial sobre las estaciones a las cuales le suministra combustible, ya que dichas estaciones no tienen la libertad de escoger a otro proveedor, por las consecuencias que esto les acarrearía. (v.g. demandas civiles por incumplimiento de contrato).

El incumplimiento del contrato es muy oneroso para las empresas minoristas. De igual manera, las distribuidoras no pueden acceder a las estaciones de la competencia (otras

distribuidoras), salvo aquellas que no tienen contrato de exclusividad y que son denominadas "puntos blancos" o "bandera blanca", cuyo número es muy escaso en el mercado y representan un porcentaje insignificante respecto al número total de estaciones. Las cláusulas de exclusividad en los contratos son en definitiva restricciones a la movilidad, definen, limitan y crean mercados cautivos.

Estas cláusulas son elementos que reducen el mercado y permiten al mayorista aumentar su poder de negociación frente a los minoristas, los cuales se ven sometidos frente a nuevas peticiones de los primeros que no fueron negociadas inicialmente en los contratos. Todo aquello que no sea producto de una libre negociación, como sería al inicio de la relación contractual donde el minorista puede aceptar o rechazar las condiciones, debe ser anulado pues puede restringir la libre competencia.

Como se ha acreditado, las distribuidoras tienen poder sustancial unilateral sobre las estaciones con las que tienen contratos de exclusividad. En las Guías para el análisis de conductas verticales publicadas por la CLICAC en la Gaceta Oficial 23780 del 22 de abril de 1999 se señala en el artículo 15 que:

Para la investigación de posibles prácticas monopolísticas relativas, la CLICAC considerará que una empresa tiene poder sustancial de mercado, unilateral o coordinado, siempre que:

- a. *posee una participación en el mercado pertinente igual o superior a 20%; o*
- b. *posee una participación en el mercado pertinente igual o superior a 10% y la participación de las cuatro mayores empresas (C₄) en el mercado pertinente es igual o superior a 40%.*

Por lo tanto, las cinco distribuidoras tienen poder sustancial de mercado. El cual poseen con base en el artículo 17 de la Ley 29 de 1996 como explicamos anteriormente.

Cada una de las petroleras disfruta de poder sustancial en relación con sus concesionarios debido a:

1. Tienen relaciones contractuales de exclusividad que impiden (o considerarían como incumplimiento) el suministro alternativo con otras petroleras.
2. Dificultad práctica de poder comprar directamente a REFPAN:
 - a) Requisito de compras mínimas de 2,100,000 de galones mensuales.
 - b) Carta de crédito por un monto excesivo.
 - c) Licencia de importación
3. Dificultad práctica de poder importar combustible.
 - a) Tarifa de protección (11%).
 - b) Disponibilidad de instalaciones adecuadas (tanques de almacenamiento).

2. Conclusión

Hemos comprobado los siguientes puntos:

- a) Existencia de una restricción ilícita a la competencia en el mercado del combustible, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley 29 de 1996, por limitación de la libertad empresarial de fijar precios, el cual establece:

“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, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.”** (Énfasis suplido)

- b) Tal restricción es producto de una acción unilateral de las empresas investigadas sobre sus minoristas, consistente en la imposición de precios mediante el mecanismo de incentivos/subsidio, contraviniendo la norma del numeral 2 del artículo 14 de Ley 29 de 1996, el cual establece:

“Artículo 14. Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas. Con sujeción a que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la presente Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, y por consiguiente se prohíben, los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los casos siguientes:

1. ...
2. **La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios;**

...”. (énfasis suplido).

- c) La acción unilateral tiene el objeto y el efecto de desplazar del mercado a los minoristas, como hemos expuesto en párrafos precedentes, la utilización del mecanismo de incentivo genera una alta dependencia que los obliga a aceptar las condiciones y variables de competencia fijadas por las distribuidoras, las cuales han ido aumentando sus márgenes en detrimento del de éstos, hasta tanto puedan seguir recibiendo el incentivo.

- d) Las empresas distribuidoras investigadas tienen poder sustancial sobre sus minoristas debido a que han suscrito contratos de exclusividad, cumpliéndose el primer supuesto del artículo 15 de la Ley 29 de 1996. En el análisis hemos comprobado también que se cumple el segundo supuesto el cual es que dichas prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate. Tal artículo establece:

“Artículo 15. Supuestos de Hecho. Las prácticas monopolísticas relativas se considerarán violatorias de la presente Ley, únicamente si se comprueba la existencia de los dos supuestos siguientes:

1. **Que el agente tenga poder sustancial sobre el mercado pertinente, y**
2. **Que dichas prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.”**

Una empresa puede detentar un poder de mercado pero no ejercerlo, sin embargo, en el caso que nos atañe las cinco distribuidoras han ejercido su poder de mercado. Esto se puede

concluir, entre otros aspectos, si observamos con detenimiento los textos que hemos citado en los apartados anteriores y que serían innecesarios repetir en este espacio, pero que en definitiva constatan que las distribuidoras ejercen su poder de mercado en las estaciones a las que les suministran con carácter de exclusividad, toda vez que le imponen los precios a los que el minorista debe vender el producto al consumidor y le fijan los márgenes de comercialización.

Por lo expuesto concluimos que existe una presunta práctica monopolística relativa que consiste en una acción unilateral que realizan cada una de las empresas distribuidoras investigadas en la imposición del precio que su minorista debe observar al revender los bienes o prestar servicios.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La investigación de oficio permitió a la CLICAC determinar que existen elementos suficientes para concluir que las empresas COMPAÑÍA TEXACO PANAMA S.A. (TEXACO COMPANY, S.A. EN INGLES); ESSO STANDARD OIL, S.A.; PETROLEOS DELTA, S.A. (DELTA); PETROLERA NACIONAL, S.A.; y THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED han incurrido presuntamente en prácticas monopolísticas en el mercado de distribución y comercialización de combustible.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, a juicio de quienes suscriben, existen en el presente expediente elementos suficientes para presentar formal demanda ante los tribunales de justicia correspondientes contra las empresas COMPAÑÍA TEXACO PANAMA S.A. (TEXACO COMPANY, S.A. EN INGLES); ESSO STANDARD OIL, S.A.; PETROLEOS DELTA, S.A. (DELTA); PETROLERA NACIONAL, S.A.; y THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED por la presunta comisión de prácticas monopolísticas prohibidas por la Ley 29 de 1996.

ACUERDA:

PRIMERO: Ordenar la interposición formal de demanda ante los tribunales de justicia contra las empresas PETROLERA NACIONAL, S.A. sociedad anónima inscrita a la ficha 24169, Rollo 1195 e Imagen 231 de la Sección de Micropelícula (Mercantil) del Registro Público cuyo representante Legal es el señor Rolando Emilio Pérez M; THE SHELL COMPANY (W.I.) LIMITED sociedad extranjera inscrita a la ficha S.E. 91, Rollo 1367, Imagen 3 de la Sección de Micropelícula (Mercantil) del Registro Público cuyo representante Legal es Julián Arturo Ponciano-Mencos; COMPAÑÍA TEXACO DE PANAMA, S.A. (THE TEXACO COMPANY OF PANAMA, S.A.) sociedad anónima inscrita en la ficha 10397, Rollo 417,

Imagen 103 de la Sección de Micropelícula (Mercantil) del Registro Público. En este caso, la representación Legal de la precitada sociedad no consta en el certificado de Registro Público por lo que se tendrá a Kevin J. Wolahan, Presidente, como el Representante Legal de la empresa según lo dispuesto en el artículo 593 del Código Judicial; ESSO ESTÁNDAR OIL, S.A. sociedad anónima inscrita en la ficha 13667, Rollo 606 e Imagen 3 de la Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público cuya representación Legal de la precitada sociedad no consta en el certificado de Registro Público por lo que se tendrá a Luis Enrique Vega Eslava, Presidente, como el Representante Legal de la empresa según lo dispuesto en el artículo 593 del Código Judicial y PETROLEOS DELTA, S.A. sociedad anónima inscrita en la ficha 115657, Rollo 11524 e Imagen 2 de la Sección de Micropelícula (Mercantil) del Registro Público y cuyo Representante Legal es Federico Humbert Jr.; por la presunta comisión de prácticas monopolísticas absolutas establecidas en el artículo 11, ordinal 1 de la ley 29 de 1996, relacionadas con una *COMBINACIÓN EN LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS DEL TRANSPORTE DEL COMBUSTIBLE POR LAS DISTRIBUIDORAS*, y por la *ACCIÓN UNILATERAL POR PARTE DE LAS DISTRIBUIDORAS CONSISTENTE EN LA IMPOSICIÓN DEL PRECIO O DEMÁS CONDICIONES QUE UN MINORISTA DEBE OBSERVAR AL REVENDER BIENES O PRESTAR SERVICIOS*, definida en el artículo 14, ordinal 2, de la Ley 29 de 1996.

SEGUNDO: Ordenar que la presente investigación quede en espera de la decisión final que surja de los Tribunales de Justicia producto de la acción interpuesta, para posteriormente imponer, si corresponde, las sanciones administrativas establecidas en la Ley 29 de 1996. Lo anterior sin perjuicio de que la CLICAC pueda tener conocimiento y/u obtener pruebas con posterioridad a la interposición de la demanda, conducentes a la comprobación de la causa propuesta ante los Tribunales de Justicia.

TERCERO: Comunicar la presente Resolución a las empresas involucradas en esta investigación administrativa.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley No. 29 de 1ro. de febrero de 1996, Decreto Ejecutivo No. 31 de 3 de septiembre de 1998 y Código Judicial de la República de Panamá.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

(fdo)

RENE LUCIANI L.
Comisionado

(fdo)

GUSTAVO PAREDES
Comisionado

(fdo)

CESAR CONSTANTINO
Comisionado
(Con salvamento de voto)

JOSÉ SIMPSON HIU
DIRECTOR GENERAL EN FUNCIONES DE
SECRETARIO.