

RESOLUCIÓN No. A-029**(De 16 de junio de 2009)**

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

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante la Autoridad) es una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno y creada por la Ley 45 de 2007.

El numeral 16 del artículo 86 de la norma supra citada establece como función de la Autoridad, investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y conductas prohibidas por la Ley 45 de 2007, de igual manera el numeral 2 del artículo 98 de la Ley 45 nos faculta para recabar documentos, tomar testimonios y obtener elementos probatorios de instituciones públicas o privadas.

El artículo 7 de la ley en comento 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, procedimiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

De conformidad con el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 45 de 2007, y en concordancia con el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009, la Autoridad está facultada para emitir instructivos o guías para el uso público.

En vista de las funciones adscritas a la Autoridad, debe este ente gubernamental realizar todas aquellas actuaciones tendientes a comprobar si agentes económicos realizan prácticas que se puedan constituir como monopolísticas a tenor de la Ley 45 de 2007.

Que las actuaciones que realiza la Autoridad deben estar amparadas en parámetros objetivos y transparentes, a fin de cumplir con el objetivo primario establecido en el artículo 1 de la citada norma, por lo que se hace necesaria la elaboración de guías y procedimientos.

La Autoridad ha desarrollado para el mejor entendimiento de los agentes económicos, una Guía de Auditoria de Competencia comprensiva de los métodos de análisis a utilizarse en dichas actuaciones.

Que luego de las consideraciones antes expuestas,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Aprobar la "Guía de Auditoria de Competencia", cuyo texto es del tenor siguiente:

GUIA DE AUDITORÍA DE COMPETENCIA**Consideraciones Iniciales:**

a) Una investigación, formalizada apropiadamente, y que sea conducente a la determinación de si determinada(s) conducta(s) de un(os) agente(s) económico(s) puede(n) ser tratada(s) como práctica(s) monopolística(s) ilegal(es), no siempre podrá derivar en una demanda ante los tribunales correspondientes. Lo anterior dependerá de:

- i) Si la conducta investigada ya cesó previo al inicio de la investigación.
- ii) Que no se puede acreditar la intención de los agentes en afectar la libre competencia y/o libre concurrencia.
- iii) Si la(s) empresa(s) investigada (s) ofrecen garantía(s) y compromisos sobre su conducta a futuro para el cese o la modificación de las conductas causantes de las distorsiones en el mercado.

b) La verificación de los potenciales efectos de una concentración económica que sea inicialmente calificada como restrictiva no derivará siempre en una impugnación parcial (medidas correctivas) o total de la misma por la vía administrativa o judicial. Lo anterior dependerá de:

- i) Que la concentración económica investigada sea la única forma de evitar la "salida" del mercado de alguna de las empresas involucradas⁽¹⁾.

ii) Que la concentración derive de un proceso indirecto de adquisición o toma de control no originado desde las empresas involucradas, por ejemplo todos los acreedores, mediante el cual las empresas sigan siendo jurídicamente independientes pero controladas a partir de cierto momento por un agente económico en particular.

c) En los casos a) y b) lo que la Autoridad podrá hacer, a fin de no dejar el entorno de competencia totalmente desamparado ante la decisión de no presentar la demanda judicial o imponer una impugnación

administrativa⁽²⁾, es el desarrollo de una supervisión cercana de las conductas de los agentes económicos para identificar, en el primer caso, si se ha retomado la conducta anticompetitiva que dio origen a la investigación administrativa inicial y que por esta vía pueda afectar el entorno de competencia que debe prevalecer, o si, en el segundo caso, las empresas "controladas" están actuando realmente como empresas independientes o no. A esta supervisión la denominaremos Auditoría de Competencia.

d) Los principios arriba desarrollados aplicarán igualmente en el caso que la Autoridad desista del proceso judicial, mediante la realización de transacciones, previo cumplimiento de los requisitos legales, siempre que los agentes económicos demandados acepten medidas en torno a las conductas o a los actos investigados, incluyendo cláusulas penales que garanticen el cumplimiento del acuerdo, tal cual lo señala el numeral 15 del artículo 86 de la Ley 45.

e) En función de la complejidad o de los recursos que se necesiten para realizar dichas Auditorías, la Autoridad podrá contratar personal especializado o firmas de consultores que cumplirán solamente con el desarrollo de tales Auditorías. Los costos financieros de dichas contrataciones serán cubiertos en su totalidad por las empresas auditadas en proporción a una variable que sea acordada de forma común (p. ej. ingresos por ventas). Los consultores responderán exclusivamente a las directrices que señale la Autoridad.

El desarrollo de cualquier Auditoría de Competencia debería centrarse fundamentalmente en:

a) Revisión de la correspondencia interna y externa de la empresa, incluyendo correos electrónicos, así como las actas de Juntas Directivas, que puedan aportar información sobre acuerdos anticompetitivos o intercambio de información con estos fines para un periodo previamente determinado.

b) Revisión de los precios de lista de los diferentes bienes y servicios que provee la empresa para detectar alguna discriminación en contra de algún competidor.

c) Revisión de los contratos, proformas y/o órdenes de compras para el suministro de bienes y/o servicios entre un(os) proveedor(es) hacia su(s) cliente(s), incluyendo anexos, *addendas* o cualquier otro documento que modifique aquéllos.

d) Revisión de documentos contables tales como estados de cuenta, facturas, recibos de pagos, notas de crédito y débito, etc. asociadas a dichos contratos de suministro y que puedan dar luces sobre la existencia de restricciones indebidas para los clientes.

e) Revisión de documentos administrativos como circulares de precios con sus variantes, memorándums sobre políticas de crédito o descuentos especiales, entre otras.

f) Las revisiones mencionadas podrán realizarse de manera exhaustiva o selectiva a criterio de la Autoridad.

g) La empresa "auditada" facilitará a la Autoridad, sin costo, copias de todos los documentos que ésta requiera.

h) La Auditoría se realizará solamente en horas de labor administrativa regular de la empresa auditada. No obstante, en común acuerdo con la empresa se pudiera llevar a cabo fuera del horario laboral.

i) La Autoridad levantará para cada día que dure la Auditoría un acta que resuma el desarrollo de la diligencia y la misma deberá ser firmada por el representante de la empresa auditada.

j) La Autoridad preparará un informe con los resultados de la Auditoría que será proporcionado a la empresa auditada, teniendo la Autoridad la potestad de hacer público un resumen de los resultados de dicho informe, entendiéndose que no constituyen información confidencial

ARTÍCULO SEGUNDO: Esta resolución empezará a regir a partir de su promulgación en la Gaceta Oficial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Ley 45 de 2007, Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Pedro M. Meilán N.

Administrador

Rogelio Fráiz Docabo

Secretario General

1. **Pensamos en el caso de alguna decisión tomada a nivel internacional que impliquen la fusión de 2 ó más empresas en Panamá y que no haya ningún otro comprador a nivel nacional interesado en adquirir alguna(s) de dichas empresas.**
- (2) En la forma de una no-autorización previa o de una suspensión provisional.