

JUZGADO OCTAVO DE CIRCUITO, RAMO CIVIL, DEL PRIMER CIRCUITO
JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ. Panamá, treinta (30) de septiembre de
dos mil tres (2003)

SENTENCIA N° 64

VISTOS:

En estado de dictar la sentencia de primera instancia se encuentra en este despacho el expediente que contiene el Proceso por Prácticas Monopolísticas Absolutas seguido por la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC) a GOLD MILLS DE PANAMÁ S.A., HARINAS PANAMÁ S.A., HARINAS DEL ISTMO S.A., ORO DEL NORTE S.A., ASOCIACIÓN NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMÁ y BIENVENIDO SAUCEDO RODRÍGUEZ.

Surtidos los trámites procedimentales propios de este tipo de proceso, lo que queda es el dictado de la sentencia que pondrá fin a esta primera instancia, y a ello se procede.

ANTECEDENTES

La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (en adelante CLICAC) solicitó a este Tribunal autorización para realizar diligencias probatorias dentro de la investigación administrativa que adelantaba contra las sociedades antes mencionadas. Las actuaciones correspondientes corren de foja 103 a 150 del expediente y fueron incorporadas a los Autos luego de que se resolviera Amparo de Garantías Constitucionales en contra de la Juez Octava de Circuito, tanto por el Primer Tribunal Superior de Justicia como por la Corte Suprema de Justicia en Resolución del Pleno calendada 20 de mayo de 1998. Constan también en este cuaderno procedimental las decisiones adoptadas bastando señalar, a los efectos de esta sentencia, que no se encontró vulneración alguna en la orden emitida por este Tribunal en torno a la autorización conferida a CLICAC.

Este despacho, mediante Auto N°1 del 5 de enero de 1998, admitió la demanda incoada contra las sociedades mencionadas que ingresó a este tribunal el día 30 de diciembre de 1997. Igualmente ordenó correña en traslado, exhortó una de las notificaciones a la autoridad correspondiente de la provincia de Veraguas y fijó la fecha para la celebración de la audiencia preliminar. No obstante lo anterior, dicho trámite hubo de realizarse nuevamente por cuanto la demanda presentada fue corregida en fecha 15 de septiembre de 1998.

Advertencia de inconstitucionalidad del literal e numeral 2 del artículo 145 de la Ley 29 de 11 de febrero de 1996 conllevó la suspensión del trámite, en cumplimiento de lo previsto por las normas de procedimiento civil, y fue resuelta por la Honorable Corte Suprema de Justicia en el sentido de no admitirla, mediante Resolución de 5 de junio de 1998. De ahí que se siguiera con el trámite reglado por la Ley 29/96 con la supletoriedad del Código Judicial, tal como en aquella se establece.

Así las cosas, este Tribunal procedió a fijar para el día 22 de septiembre de 1998 a las 8:00 de la mañana, la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar. En este acto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 29/96, se entraría a considerar la conveniencia de puntualizar y simplificar los puntos controvertidos, la conveniencia de corregir escritos, la posibilidad de admitir hechos y documentos, la limitación del número de peritos y cualquier otro asunto cuya consideración pudiera contribuir a la rapidez en la tramitación del proceso.

En efecto, tras negar este Tribunal la suspensión del acto, se verificó la audiencia con la presencia de los apoderados judiciales de las partes. A ese momento ya se habían incorporado a los Autos los escritos de contestación a la demanda corregida. Con poder de GOLD MILLS, DE PANAMA, S.A., actuó la firma forense JESUS L. ROSAS & ASOCIADOS, por cuenta de HARINAS PANAMA, S.A., la oficina de abogados SOLIS, ENDARA, DELGADO & GUEVARA; en nombre de HARINAS DEL ISTMO, S.A., el bufette ALEMAN, CORDERO, GALINDO & LEE, y con mandato otorgado por ORO DEL NORTE actuó el despacho de abogados ROSAS & ROSAS.

Consta en acta levantada para constancia que en la audiencia preliminar se abordaron los siguientes temas:

a) Intervención en este proceso de BIENVENIDO SAUCEDO y la ASOCIACIÓN NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA por cuanto no fueron incluidos en la demanda de CLICAC no obstante dirigir contra ellos algunas pretensiones declarativas. Consideró el despacho en aquel momento que su comparecencia no era necesaria; no obstante hubo de reconsiderar tal decisión y así lo hizo en Auto que consta en el expediente con la fundamentación necesaria. Esta medida de saneamiento fue confirmada por el Tercer Tribunal Superior de Justicia y de esta forma, tanto BIENVENIDO SAUCEDO como la ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA, forman parte de este proceso y se encuentran representados por los Licenciados CARLOS MUÑOZ POPE y GENEROSO GUERRA, respectivamente. Cabe señalar que esto trajo como consecuencia la reposición de la audiencia preliminar con su participación;

b) Incidentes de Nulidad por Falta de Legitimación de CLICAC para obtener una de las declaraciones incluidas en el libelo de demanda. A este respecto se señaló que la decisión estaría incluida en la sentencia que en su momento se dictase. Sobre este punto volveremos más adelante.

c) Solicitud de obtención de copias de documentos dirigida a CLICAC por parte de las sociedades demandadas a fin de obtener documentación recabada por dicha entidad en sus instalaciones. Se decidió el derecho a la obtención de copias y no hubo objeción por los contendientes ni por la demandante.

d) Solicitud de prueba de inspección en sus propias instalaciones por parte de una de las demandadas. Se dejó dicho que la petición no encuadra en la figura del "discovery" denominado Aseguramiento de Pruebas en la Ley 29/96 ni en la de la diligencia exhibitoria anticipada de que trata el Código Judicial por cuanto, al tratarse de inspección en las oficinas del propio peticionario, obviamente no se ha alegado el temor a la pérdida de la prueba que el último cuerpo legal exige, y se recomendó su aducción en la fase probatoria.

e) Aceptación por parte de los demandados de los hechos 3 y 4 de la demanda corregida.

f) Puntualización o precisión de la parte actora en el sentido de que los daños y perjuicios exigidos en una de las pretensiones de la demanda, se refiere a daños y

perjuicios causados a los consumidores.

g) Solicitud de CLICAC para la designación de apoderado común que fue negada en aras de cuidar que no se produjera colisión de intereses.

h) Fijación de fecha de audiencia ordinaria en la que se desarrollaría la actividad probatoria. Cabe decir que dicho acto no pudo realizarse en la fecha programada. Y es que la no localización inicial del señor BIENVENIDO SAUCEDO para que se hiciera presente en el proceso, exigió desplegar los trámites del emplazamiento por edicto en un periódico nacional y la concesión de un término para su comparecencia. En efecto, dicho término venció y, al no acudir al llamado, hubo de designarse un defensor para el ausente. Todo ello consta en autos, así como la diligencia de consignación de la cuota litis por parte de CLICAC el día 3 de agosto de 2000. Posteriormente, Bienvenido Saucedo apodera al Licenciado Muñoz Pope, más una incapacidad médica de éste ocasiona la posposición de la audiencia.

Finalmente, superadas todas estas vicisitudes, se lleva a cabo la audiencia ordinaria en varias sesiones que inician en fecha 19 de marzo de 2001. De esta forma se presentan y aducen pruebas. En otras sesiones se practican las pruebas admitidas mediante Auto N° 352 de 22 de mayo de 2001 dictado por este tribunal, que milita de foja 967 a 1037 del expediente y que fue revisado por el superior jerárquico en virtud de recurso de apelación. El Tercer Tribunal Superior de Justicia, mediante Resolución que data del 3 de enero de 2002, tras admitir la práctica de una de las pruebas negadas en primera instancia, confirma el fallo de este juzgado en todo lo demás. En el acto de audiencia ordinaria se propusieron: 1) Excepciones de ilegitimidad en la Causa e Inexistencia de la Obligación; 2) Incidentes de Recusación de Peritos (tema abordado en el Auto de pruebas) y 3) Tacha de Falsedad de Documento. Sobre las Excepciones y la Tacha recaerá un análisis y decisión en esta sentencia.

Adicionalmente, mediante Resolución calendada 4 de diciembre de 2001, fue confirmado por el Tercer Tribunal Superior de Justicia, en sede de apelación, el Auto proferido por este despacho distinguido con el número 136 y que lleva por fecha el 16 de febrero de 2001. En estas Resoluciones se admite a la UNIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPÚBLICA DE PANAMA (en adelante UNCUREPA) como Tercero Adherente de la parte actora.

PRETENSIÓN

CLICAC con la adherencia de UNCUREPA pretende que este Tribunal:

1. Declare a tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 10, 11 y 12 de la Ley 29 de 1996, la nulidad de todo acuerdo o convenio sostenido entre las sociedades demandadas y/o cualquier persona coadyuvante, desde el 4 de noviembre de 1996 a la fecha, que constituyan prácticas monopolísticas absolutas a tenor del artículo 11 de la misma Ley 29, siendo estos los siguientes:

a. El acuerdo o práctica sostenida con el objeto o efecto de fijar, manipular, concertar o imponer precios de venta de la harina de trigo en el mercado nacional e intercambiar información con el mismo objeto o efecto, distribuir en porciones o segmentos especificados para cada una de las sociedades demandadas el mercado nacional de las harinas de trigo, no producir o procesar sino solamente una cantidad limitada de harina de trigo para el mercado nacional.

b. El contrato sostenido de servicios profesionales o de cualquier otra naturaleza, mediante el cual el señor Bienvenido Saucedo recoge, organiza y distribuye, entre las sociedades demandadas, información relacionada con los precios de venta y volúmenes de producción de cada una de ellas y con respecto a su participación en el mercado, con el objeto de fijar, manipular, concertar o imponer los precios de venta de la harina de trigo en el mercado panameño.

2. Ordene, de conformidad con el artículo 141 ordinal 8 de la Ley 29, la suspensión de la utilización de la Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá como foro para el intercambio de información en relación a precios de venta de cada una de las sociedades demandadas y con respecto a su participación en el mercado, con el objeto o efecto de fijar, manipular, concertar o imponer precios de venta de la harina de trigo en el mercado panameño, constituyéndose en una práctica monopolística absoluta a tenor del artículo 11, ordinal 1 de la Ley 29.

3. Declare, de conformidad con los artículos 10, 11 y 12 y para los efectos de los artículos 27 y 112 de la Ley 29, la ilicitud de las prácticas antes descritas, por parte de las sociedades demandadas, y se condene a éstas al pago de la suma de B/. 4,725,794.56, en concepto de los daños y perjuicios causados como resultado de los acuerdos y prácticas ilícitas y durante el período comprendido entre el 4 de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1997, además de las costas que se causen, y los daños y perjuicios que como consecuencia de tales acuerdos o prácticas monopolísticas se sigan ocasionando hasta la fecha de la condena. El monto de los daños y perjuicios enunciados anteriormente se desglosa de la siguiente manera:

Gold Mills de Panamá S.A.	B/. 1,467,921.94
Harinas Panamá S.A.	1,172,038.60
Harinas del Istmo S.A.	667,957.16
Oro del Norte S.A.	1,417,876.86
Total	B/. 4,725,794.56

4879

FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA DEMANDA

Afirma la actora que la industria nacional de harina de trigo está compuesta por las sociedades panameñas Gold Mills de Panamá S.A., Harinas Panamá S.A., Oro del Norte S.A. y Harinas del Istmo S.A., las cuales abastecen la casi totalidad del mercado nacional y además importan en su totalidad la materia prima (trigo) que procesan para la elaboración de la harina de trigo con la que se abastece la casi totalidad del mercado nacional.

Agrega que, de los productos elaborados con el trigo importado, para cada una de las sociedades, la harina de trigo duro constituye el principal renglón de ventas. Indica que el mercado de la harina de trigo en Panamá, hasta el 22 de noviembre de 1991, estaba sujeto a la fijación de precios por parte de la Oficina de Regulación de Precios y a partir de esa fecha el mercado nacional de la harina de trigo debía funcionar bajo los principios de la libre competencia.

Manifiesta que el Título I de la Ley 29 de 1996 -Título que entró en vigencia el 4 de noviembre de 1996- en su artículo 5 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, mientras que el artículo 12 de dicha ley contempla la invalidez jurídica de los actos que constituyan prácticas monopolísticas absolutas y los agentes económicos que las realicen serán sancionados, aún cuando tales actos no se hubieren perfeccionado o hubieren surtido sus efectos.

Sigue exponiendo el demandante que los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 11 de la Ley 29/96 tipifican como prácticas monopolísticas absolutas cualesquiera combinación, arreglo, convenio o contrato, entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, cuyos objetos o efectos sean: a) Fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto; b) Acordar la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar, sino solamente una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitado de servicios; c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de

bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables.

Apunta que el día 8 de marzo de 1994 se reunieron los señores Tirso Wolfschoon de Harinas Panamá S.A., Carlos Eleta de General Mills de Panamá S.A. (actualmente Gold Mills de Panamá S.A.), Benjamín Betesh por Harinas del Istmo S.A. y David Virzi por Oro del Norte S.A., y firmaron un documento a fin de:

a. Establecer acuerdos de precios de la harina de trigo para el mercado nacional, de la siguiente manera:

Harina Primavera	B/. 17.25 el quintal.
Harina Suave	B/. 21.40 el quintal.
Pulidura	B/. 7.00 el quintal.
Afrecho	B/. 6.00 el quintal.

b. Repartirse el mercado nacional, estimado en aquel entonces sobre la base de un total de ventas mensuales de 120,000 QQ de harina, en los siguientes términos:

Harinas Panamá S.A.	35.42% (42,500 quintales por mes)
General Mills de Panamá S.A.	35.42% (42,500 quintales por mes)
Harinas del Istmo S.A.	15.41% (18,500 quintales por mes)
Oro del Norte S.A.	13.75% (16,500 quintales por mes)

c. Establecer un mecanismo de control para el cumplimiento del acuerdo, consistente en el nombramiento de un Auditor/Contralor.

Asevera que el acuerdo antes mencionado entró a regir el 14 de marzo de 1994 por un período de un año y sería prorrogable, siendo que la renovación sucesiva del acuerdo, expresa o tácita, las ha llevado a realizar y ejecutar, desde el 4 de noviembre de 1996 hasta la fecha de presentación de la demanda, prácticas ilícitas cuyos objetos o efectos han sido los siguientes:

- La fijación, manipulación, concertación o imposición del precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional;
- El intercambio de información con el objeto o efecto de fijar o concertar el precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional;
- La distribución en porciones o segmentos especificados para cada una de ellas del mercado nacional de harina de trigo;
- El acuerdo implícito de no producir o procesar, sino solamente una cantidad limitada de harina de trigo para el mercado nacional.

Explica que los precios de la harina de trigo duro, cobrados por cada una de las sociedades productoras demandadas presentan, en el período comprendido de

noviembre de 1996 a la fecha de la demanda, además de una ínfima dispersión, un nivel elevado y no se relacionan con sus costos de producción como debiera ser en un mercado de libre competencia. Indica, además, que la distribución o segmentación del mercado nacional de la harina de trigo entre las sociedades productoras en mención, ha experimentado modificaciones no significativas desde su fijación en el acuerdo inicial del 8 de marzo de 1994 y sus sucesivas renovaciones hasta la fecha.

Sostiene que estas sociedades productoras de harina de trigo mantienen, sin justificación aparente, y para la producción de harina de trigo duro, una capacidad ociosa de aproximadamente 25% y han venido utilizando, por lo menos hasta el mes de octubre de 1997, los servicios profesionales de Bienvenido Saucedo Rodríguez para recoger, ordenar y distribuir entre las sociedades demandadas información sobre las actividades comerciales de cada una de ellas, con el objeto o efecto de fijar, manipular o concertar el precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional. También han venido utilizando a la Asociación Nacional de Molinos de Trigo, la cual comparte las oficinas de Bienvenido Saucedo, como foro para el intercambio de información relacionada con los precios de venta de cada una de ellas y con respecto a su participación en el mercado, con el objeto o efecto de fijar, manipular, concertar o imponer precios de venta de la harina de trigo en el mercado panameño.

Por último señala que los efectos derivados de las prácticas sostenidas como consecuencia de la renovación sucesiva (expresa o tácita) del acuerdo mencionado, por parte de las sociedades productoras de harina, ha producido desde el 4 de noviembre de 1996 hasta el mes de septiembre de 1997, un daño estimado en B/. 4,725,794.56, desglosado en la siguiente forma:

Gold Mills de Panamá S. A.	B/. 1,467,921.94
Harinas Panamá S.A.	1,172,038.60
Harinas del Istmo S.A.	667,957.16
Oro del Norte S.A.	<u>1,417,876.86</u>
Total B/.	4,725,794.56

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ORO DEL NORTE, sociedad anónima registrada en la Ficha 229111, Rollo 27776, Imagen 2 de la Sección de Micropelículas (Mercantil), solicita al Tribunal denegar las pretensiones de la actora por carecer de asidero jurídico y fáctico, pese a

aceptar el hecho de que las sociedades demandadas se dedican en nuestro país a la industria de harina de trigo, empero niega que tales empresas abastezcan la casi totalidad del mercado nacional pues, si bien se dedican a procesar el trigo, en Panamá no existe restricción para la importación de trigo y de harina de trigo; de ahí que muchas personas introducen importantes cantidades de estos productos procedentes de Argentina, Estados Unidos de América y otros países. Acepta que las sociedades demandadas, y en especial su representada, importan la totalidad del trigo que procesan para la elaboración de harina, ya que el trigo no se produce en nuestro país; sin embargo expresa que no es cierto que la producción de dichas empresas abastezca la casi totalidad del mercado nacional.

Por otro lado, acepta que la harina de trigo duro constituye el principal renglón de ventas de su representada, sin embargo expresa que no le consta que ello sea así para el resto de las sociedades demandadas. Tampoco resulta controvertida la afirmación de que, hasta el 22 de noviembre de 1991, el mercado de la harina de trigo en Panamá estaba sujeto a la fijación de precios por la Oficina de Regulación de Precios.

Explica que el acuerdo al que se refiere la demandante no fue implementado y, por tanto, no se ejecutó durante la vigencia de la Ley 29 de 1996 pues, al entrar a regir dicha Ley, su mandante al igual que el resto de las empresas que venden harina de trigo se acogió a lo establecido en ella y ha desarrollado sus actividades en libre competencia con el resto de las empresas que surten el mercado de harina de trigo en Panamá. Al no implementarse el acuerdo, no se originaron actividades de su mandante que pudiesen calificarse como prácticas monopolísticas absolutas o actividades parecidas, por lo que tampoco es cierto que dicho acuerdo haya venido produciendo efectos desde marzo de 1994 hasta la fecha en que se presentó la demanda o hasta fecha posterior. Reitera que su representada ha venido desarrollando sus actividades en libre competencia con el resto de las empresas, compitiendo en precios, condiciones de financiamiento y otros aspectos, de acuerdo a las condiciones y variaciones del mercado.

Agrega que los precios que su representada cobra a sus clientes por la harina de trigo duro tienen relación directa con los costos de producción y las condiciones y

fluctuaciones del mercado, puesto que se determinan a través de la competencia que desarrollan todas las empresas interesadas, ya que tales precios no han estado sujetos en los últimos años a regulación por parte del Estado.

Manifiesta que a partir de marzo de 1994, el volumen de ventas de su mandante ha aumentado significativamente y no tiene relación con los porcentajes del mercado nacional que se mencionan en la demanda. Añade que la planta o fábrica de su representada no tiene capacidad ociosa, por el contrario, está produciendo a plena capacidad, operando seis días a la semana (de lunes a sábado) y suspende operaciones únicamente para mantenimiento, revisión y reparaciones indispensables en este tipo de planta.

Indica que Bienvenido Saucedo Rodríguez no ha sido empleado de su representada y nunca ha prestado servicios relacionados con recoger, ordenar y distribuir entre las sociedades demandadas información sobre las actividades comerciales de cada una de ellas, con el objeto o efecto de fijar, manipular o concertar el precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional.

Niega que las empresas demandadas, por razón de algún acuerdo de concertación de precios y distribución de mercado, hayan utilizado a la Asociación Nacional de Molinos de Trigo como foro de intercambio de información sobre precios de venta de cada una de ellas y con respecto a su participación en el mercado, y menos aún con el objeto y efecto de fijar, manipular, concertar o imponer precios de venta de la harina de trigo en el mercado panameño. Sostiene que su representada no ha ocasionado daño alguno y menos en la cuantía que indica la demandante, porque no ha incurrido en ninguna práctica monopolística y menos que se haya renovado sucesivamente, de acuerdo a lo expresado por el actor. Aclara que la harina de trigo duro que vende su mandante no es un producto terminado, por lo que en su casi totalidad no se vende al público consumidor sino a las panaderías y dulcerías, que son las que elaboran pan y dulces que tienen como elemento principal ese tipo de harina por lo que no existe una estrecha relación entre el precio del pan y otros productos derivados de la harina de trigo duro y el precio al que las empresas que venden ésta cobren a las panaderías y dulcerías.

HARINAS DEL ISTMO S.A., registrada en la Ficha 240801, Rollo 30861, Imagen 11 de la Sección de Micropelículas (Mercantil) en su contestación al libelo de demanda corregida acepta que la industria nacional de harina de trigo está conformada por las sociedades Gold Mills de Panamá S.A., Harinas Panamá S.A., Oro del Norte, S.A. y Harinas del Istmo, S.A., pero niega que abastezcan el cien por ciento del mercado nacional, ya que parte de este mercado es abastecido por otras empresas que importan trigo y harina de trigo fabricada en el extranjero.

Acepta, en lo atinente a su mandante, que de los productos elaborados con el trigo importado, la harina de trigo duro constituye el principal renglón de ventas, sin embargo, expresa que ello no le consta respecto al resto de las sociedades demandadas. Respalda la aseveración de que el mercado de la harina de trigo en Panamá hasta el 22 de noviembre de 1991, estaba sujeto a la fijación de precios por parte de la Oficina de Regulación de Precios.

Explica que, aunque el 8 de marzo de 1994 se firmó un acuerdo, éste nunca fue implementado por las sociedades demandadas, ya que desde el 8 de marzo de 1994, y en particular desde el 4 de noviembre de 1996 (fecha en la cual entró en vigencia el Título I de la Ley 29 de 1 de febrero de 1996), éstas han vendido la harina de trigo en abierta competencia, fijando cada una de ellas precios distintos, y vendiendo en todo el territorio nacional, en muchos casos a los mismos clientes. Además, luego de haberse promulgado la Ley 29 de 1996 y antes de entrar en vigencia su Título I sobre prácticas monopolísticas, los representantes legales de las cuatro empresas harineras decidieron de común acuerdo ajustar su conducta futura a la nueva normativa legal sobre competencia.

Al no ser implementado en la práctica, el acuerdo no surtió efecto alguno y han vendido la harina de trigo producida a precios distintos siendo que, desde el 8 de marzo de 1994 hasta la fecha de interposición de la demanda, la participación de cada una de las cuatro empresas en el mercado nacional ha venido variando de tiempo en tiempo por efecto de la competencia.

Niega aquel hecho relativo a la capacidad ociosa de aproximadamente 25% que, según la demandante, mantiene su representada y el resto de las sociedades demandadas para la producción de harina de trigo duro; agrega que los servicios

profesionales de Bienvenido Saucedo no fueron utilizados por Harinas del Istmo, S.A., con el objeto de fijar, manipular o concertar el precio de venta de la harina de trigo. Expresa además que las sociedades demandadas nunca han utilizado a la Asociación Nacional de Molinos de Trigo como foro para el intercambio de información sobre precios de venta de la harina de trigo en el mercado panameño.

Por otra parte, GOLD MILLS DE PANAMÁ, sociedad panameña en su momento registrada y ahora con inscripción actualizada en la Ficha N° 60346, Rollo 4558 e Imagen 233 de la Sección de Micropelículas (Mercantii) se opone a la pretensión de la demanda, niega sus hechos, excepto el tercero y cuarto los cuales hacen referencia a que la harina de trigo duro constituye el principal renglón de ventas para las sociedades demandadas y que el mercado de la harina de trigo en Panamá hasta el 22 de noviembre de 1991 estaba sujeto a la fijación de precios por parte de la Oficina de Regulación de Precios, y niega la cuantía así como el derecho invocado.

Hace énfasis en el carácter dubitativo en que, a su juicio, fueron expuestos los hechos de la demanda al expresar el actor que las sociedades demandadas abastecen a la casi totalidad del mercado nacional, sin expresar con certeza en qué consiste esa casi totalidad del mercado nacional.

Agrega que no hubo implementación de ningún acuerdo, los precios de la harina de trigo no han estado supeditados a ningún acuerdo y que el actor nuevamente introduce una frase que no contiene un hecho fáctico cuando dice que la distribución del mercado ha experimentado modificaciones no significativas haciendo alusión a un acuerdo y unas renovaciones del mismo que no existen.

Indica que su mandante no mantiene una capacidad ociosa y que la relación profesional de Bienvenido Saucedo Rodríguez no fue para manipular o concertar el precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional; además, la Asociación Nacional de Molino de Trigo constituye una persona jurídica ajena a las imputaciones señaladas por el actor. Finalmente expresa que no existe ningún acuerdo puesto en práctica para haber producido el daño que señala el demandante.

Por otra parte, HARINAS PANAMÁ S.A., inscrita al Tomo 385, Folio 286 Asiento 81833, actualizada en la Ficha 040403, Rollo 2303, Imagen 57 de la Sección de Micropelículas Mercantil, del Registro Público da contestación a la demanda. Se opone

a que este Tribunal acceda a las pretensiones del actor

Acepta que la industria nacional de harina de trigo está compuesta por las cuatro sociedades demandadas, sin embargo, éstas no abastecen la casi totalidad del mercado nacional pues otras empresas importan tal producto procesado en otros países y abastecen también un porcentaje del mercado nacional.

Explica que, efectivamente, que su representada y las otras sociedades demandadas importan la materia prima de la harina (trigo) a fin de procesarlo para elaborar el producto final que ofrecen a sus consumidores (harina de trigo); no obstante, insiste, no abastecen a la casi totalidad del mercado.

Acepta que su mandante tiene en la harina de trigo su principal generador de ventas más, no le consta que suceda así con el resto de las sociedades demandadas.

Adicionalmente aceptó que la harina de trigo en Panamá, hasta el 22 de noviembre de 1991, estaba sujeta a la fijación de precios por parte de la Oficina de Regulación de Precios y en relación al acuerdo afirma que nunca fue ejecutado y que las compañías harineras continuaron vendiendo harina de trigo en una feroz competencia en el mercado nacional, adecuando tal acuerdo con anterioridad a la entrada en vigencia del Título I de la Ley 29 de 1996, a los nuevos lineamientos que ésta introducía, en clara observancia y respeto de la legislación patria y, sobre todo, de las nuevas corrientes que rigen el comercio internacional; señala que el referido acuerdo nunca fue honrado ni implementado; agrega que su representada siempre mantuvo como principio de su concurrencia al mercado, la libre y leal competencia tanto con fábricas nacionales homólogas como con cualquier otra persona, natural o jurídica, que ofreciera harina de trigo a los consumidores.

Manifiesta que Harinas Panamá, S.A. determinaba sus precios en base a los movimientos (oferta y demanda) del mercado, equiparado con los costos de producción y demás rubros; los precios del producto ofrecido a los consumidores de harina de trigo varían según la política de cada empresa, según la forma como se desarrollan sus estrategias de mercado.

Indica que la capacidad total de dicha empresa ha sido la misma desde los años sesenta; explica que sería absurdo, pues ocasionaría pérdidas, producir a plena capacidad si no se mantiene un volumen de venta que amerite tal cantidad de

producción porque, precisamente, existen otros competidores, sean estas industrias nacionales o importadores, que abastecen reunidos a la gran parte de los consumidores de harina de trigo. Eso explica la capacidad ociosa que interesa al demandante.

Resulta equivocado decir que Harinas Panamá, S.A., como empresa productora de harina de trigo; contratara servicios profesionales para recoger, ordenar y distribuir entre las sociedades demandadas información sobre las actividades comerciales de cada una de ellas, con el objeto o efecto de fijar, manipular o concertar el precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional. Por el contrario, las sociedades demandadas jamás han utilizado a la Asociación Nacional de Molinos de Trigo como foro para el intercambio de información en torno a los precios de venta de cada una y su participación en el mercado, con el objeto o efecto indicado por el actor.

Explica que Harinas Panamá, S.A., es una empresa dedicada desde su creación (10 de diciembre de 1959) a la fabricación de harina de trigo; fue la primera compañía en el territorio nacional que se dedicaba a la fabricación y venta de harina de trigo y, desde sus primeros años hasta la fecha, mantiene la misma capacidad de producción, la cual sólo ha sido utilizada en su totalidad en los primeros años de su existencia, por ser en ese momento la única compañía en el territorio nacional que se dedicaba a la producción y venta de harina de trigo; agrega que la harina de trigo mantiene un período de existencia de sólo cuarenta días (40) días. Sigue exponiendo que, una vez se funda General Mills de Panamá S.A., hoy Gold Mills de Panamá S.A., y posteriormente Harinas del Istmo, S.A. y Oro del Norte S.A., ha existido una ardua competencia entre ellas en razón del mercado y los precios.

También expone que, a la fecha de suscripción del documento a que se refiere la demandante, no se encontraba vigente la Ley 29 de 1996, cuyo amparo no se retrotrae a actos que precedieron a su entrada en vigencia; por lo que es correcto decir que al 8 de marzo de 1994 no existían normas jurídicas que reglamentaran las materias contempladas en el Título I de la Ley 29 de 1996.

La ASOCIACIÓN NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA, inscrita a Ficha 12737, Rollo 3451, Imagen 0002, de la Sección de personas comunes del Registro Público, se opuso a todas las pretensiones de la demanda corregida y pidió que las declaraciones y condenas sean desestimadas por carecer de fundamento.

Se explica que los Estatutos recogen las funciones de la Asociación dirigidas a la prosperidad de la industria harinera nacional y desde que inició el cumplimiento de sus objetivos, pudo detectar la existencia de una clara y ardua competencia entre las empresas productoras de harina de trigo, que los volúmenes de producción y venta son variables de acuerdo a las necesidades del mercado y a la competencia; que estas empresas venden en todo el territorio nacional su productos, compitiendo en forma constante, para la obtención de nuevos clientes. Agregó que la Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá nunca ha sido utilizada como foro para el intercambio de información en relación a precios de venta de cada una de las empresas que la conforman, ni ha participado en el mercado con el objeto o efecto de fijar, manipular, concertar o imponer precios de venta de la harina de trigo. Negó, asimismo, la cuantía fijada en la demanda y el derecho invocado por la parte demandante.

En contestación a demanda corregida, BIENVENIDO SAUCEDO RODRIGUEZ, negó los hechos, rechazó las pruebas aportadas y negó el derecho invocado por la demandante como fundamento legal.

PRUEBAS DEL PROCESO

Lo relativo a la admisibilidad y práctica de pruebas fue resuelto en Auto No. 352 de 22 de mayo de 2001 de este Tribunal, modificado en tomo a una prueba por la Resolución calendada 3 de enero de 2002 por parte del Tercer Tribunal Superior de Justicia. Son ellas las que servirán de base para arribar a una decisión (vid. fs. 967-1053).

Consta en autos prueba acerca de la existencia y representación legal de las personas que conforman las partes de este proceso e incluso la del Tercero Adherente.

Entre las documentales también se cuenta con informe de las Direcciones Ejecutivas Legal, Financiera y Económica de la CLICAC sobre los resultados de la investigación administrativa que adelantaran en las diferentes empresas con base en Resolución N° 023 de 2 de octubre de 1997 expedida por dicha entidad (con copia en el expediente) y la respectiva autorización de este despacho judicial. Se concluye en tal informe que, si bien la documentación relacionada con el acuerdo entre las empresas

data de 1994, existen indicios suficientes para afirmar que los efectos de dicho acuerdo se han prolongado hasta la fecha del informe. Se sustenta lo anterior en que los precios por cada una de las empresas han presentado una mínima dispersión lo cual no se justifica tomando en cuenta los costos de producción para cada empresa; que la distribución del mercado se ha mantenido casi invariable lo cual tampoco se justifica habida cuenta la capacidad instalada de cada empresa y sus capacidades ociosas que son del 25%; por último que constituye otra prueba los servicios profesionales del señor Bienvenido Saucedo para el intercambio de información lo cual se reafirma con los pagos efectuados a éste por parte de las empresas.

También es objeto de análisis el Acta de la Comisión de Comercio, Industrias y Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa del día 24 de junio de 1997. Se trató la problemática de la harina y el pan. Se adelantó una propuesta para realizar un ajuste en el precio de la harina (para lo cual había consenso de la industria). Finalmente se acordó por parte de la industria harinera que se bajaría el precio de la harina a partir de ese momento en un 10%, es decir, de B/ 22.50 a B/20.25.

Descansa a foja 916 una Nota fechada 3 de mayo de 1995 dirigida a Roberto Motta, Carlos Eleta, Tirsi Wolfschoon, Ricardo Martinelli y Benjamín Btsh por parte de David Virzi en la que deja saber que considera injusto el porcentaje que le correspondía a ORO DEL NORTE producto del acuerdo de la industria harinera el cual había sido por un año por lo que en la negociación del segundo año señala el porcentaje aceptable para tal empresa.

No obstante militan en el expediente innumerables comunicaciones entre las empresas demandadas posteriores a noviembre de 1996 que dan cuenta de los controles y acuerdos en precios y producción (tales piezas probatorias fueron obtenidas en diligencias autorizadas por este tribunal mediante Auto N°628 de 23 de octubre de 1997 y admitidas como pruebas mediante Resolución que data de 22 de mayo de 2001.

Nota N° 1596 DEC/E de 23 de noviembre de 2000 emitida por la Dirección de Estadística y Censo de la Contraloría General de la República con cuadros anexos, a pedido de ORO DEL NORTE, S.A. No pudo obtenerse por esta vía información acerca de las cifras de producción y precio de venta de harina. Teniendo como fuente las liquidaciones tramitadas en la Dirección General de Aduanas se presentan datos sobre

las importaciones de trigo y sus derivados, entre ellos harina de trigo, de manera global y por periodos anuales. También se deja saber que el precio de la harina de trigo disminuyó el II y III trimestre de 1997 y desde entonces se mantuvo estable; igualmente el precio del pan de molde bajó en los trimestres II, III y IV de ese mismo año, manteniéndose estable; el precio de la pasta alimenticia bajó a partir del I trimestre de 1998 y las galletas y dulces no reflejaron variaciones de precio en el periodo solicitado.

Facturas de la sociedad ORO DEL NORTE, S.A. corren de fojas 922 a 933 y reflejan ciertas variaciones en los precios de la harina dura y harina indiana HS. Incluso en dos de ellas (cfr. fs. 923 y 924) para el mismo cliente (N° 99999) los precios al contado difieren en la misma fecha (31 de julio de 2000), a escasos minutos una compra de otra (9:47 y 10:10).

Constancia cheques pagados a Bienvenido Saucedo por cada una de las empresas durante meses posteriores a noviembre de 1996 también constituyen prueba en este expediente.

Contamos con las deposiciones testimoniales de MARITZA DE GUERRA Y GUSTAVO ERNESTO ALBA MUÑOZ, empleados de Gold Mills de Panamá, S.A., narran cómo percibieron las actuaciones de la CLICAC al momento de adelantar sus investigaciones. Declaraciones de MIGUEL ESPINO y ALFONSO GOMEZ, funcionarios de CLICAC también fueron recibidas y guardan relación con su participación en las investigaciones realizadas a la parte demandada.

Luego de inspección judicial efectuada en las instalaciones de GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., figuran en el expediente informes periciales rendidos por los contadores públicos autorizados designados por dicha empresa, por la parte demandante y por el Tribunal. Debla establecerse la capacidad total de almacenaje de harina de trigo, harina de trigo duro, harina de trigo suave, trigo, trigo y harina de trigo simultáneamente así como otros productos que no fueran ni trigo ni harina, simultáneamente con trigo y harina. Los peritos designados por la demandada ALBERTO A. TILE P. y JUAN PABLO CROSTON concluyen que la capacidad de almacenaje de harina de trigo, harina de trigo duro y harina de trigo suave es de 1.750.51 toneladas métricas; en cuanto al trigo duro y suave la capacidad máxima de almacenaje es de 11,620 toneladas métricas; la capacidad máxima de almacenaje de

trigo y harina de trigo, simultáneamente, es de 13,370.51 toneladas métricas y, finalmente, que la capacidad total de almacenaje de los componentes o aditivos es de 2,955.29 pies cúbicos, no pudiendo establecerse la capacidad simultáneamente con trigo y harina en vista de que el área destinada al almacenaje de componentes o aditivos es "de distintos tamaños y peso, se da por pies cúbicos"

El informe de los peritos de CLICAC, IGNACIO ROMERO SANCHEZ y RIGOBERTO E. DE LA ROSA LOPEZ, arroja los siguientes resultados: capacidad total de almacenaje de trigo 11,851.51 toneladas métricas; capacidad de almacenaje de harina de trigo 12,784.94 toneladas métricas, de las cuales el 92.70% es trigo y el 7.30% restante es harina de trigo. En lo relativo a los aditivos, se explica que el área destinada a almacenar los aditivos está compuesta por 36 metros cuadrados con una capacidad aproximada de 589.65 quintales, equivalente a 26.76 toneladas métricas. Finalmente se expone que el área de componentes de trigo tiene una capacidad de 120 metros cuadrados para colocar 169 tarimas, con 2704 quintales de afrecho fino y/o grueso, esto es, 122.65 toneladas métricas. RICARDO HERRERA JAEN, perito designado por este Tribunal, dictamina que la empresa cuenta con una capacidad total de almacenaje de 12,932.39 toneladas desglosadas así: trigo 11,849.36, harina 933.62, aditivos y componentes de harina 26.76 y componentes de trigo 122.65 toneladas.

Milita en el expediente declaración de MAUREEN REY, funcionaria de CLICAC desde el mes de mayo de 1998, y señala que para esa fecha existía elaborado un informe que sirvió de fundamento a la presente demanda y que, básicamente, es el mismo informe aportado como prueba visible a foja 445, fechado 6 de diciembre de 2000, básicamente igual al informe preliminar que existía al momento en que ella ingresó a la institución, con variaciones únicamente relativas a cuestiones de ortografía y gramática, documento que le correspondió firmar en su condición de máxima autoridad de la Dirección Legal.

Se recibió declaración de ELMER ALFONSO TOBON MACIAS, analista de CLICAC desde 1997, y en razón de su participación en diligencia realizada en Harinas Panamá, S.A. presentó un informe final a su superior inmediato. En lo atinente a la existencia de informes con dos fechas, reitera que el contenido es el mismo por cuanto

se basan en las cifras financieras y contables que reposaban en la empresa investigada.

A fojas 1301-1303 se recogió el testimonio de NEDELKA ANABEL TUÑON DIAZ, sub-gerente de Harinas del Istmo, S.A. desde 1998 y al inicio de operaciones de la empresa. Jefe de Contabilidad relata desconocer acerca de un acuerdo por el cual las empresas harineras convinieran dividirse el mercado y abstenerse de competir, por el contrario un examen de las facturas permiten concluir que se da fluctuación en los precios y en los clientes, igualmente se compete en calidad. Narra sus impresiones en torno a las diligencias practicadas por CLICAC en dicha empresa. Figura a fojas 1304-1305 el testimonio de JOSE ADOLFO RAMIREZ GALVIS, gerente de operaciones de HARINAS DEL ISTMO, S.A., desde 1994. Declara que la capacidad instalada o máxima de producción de ese molino debe situarse entre 60 y 72 toneladas por 24 horas de trigo suave; que la empresa fabrica tanto harina de trigo duro como harina de trigo suave, producción que ha tenido altas y bajas, sobresaliendo la baja de 10% en el año 2001 debido a la situación económica del país. Igualmente asegura no haber recibido ningún tipo de guía, sugerencia o instrucción para limitar la producción, que no conoce acuerdo alguno entre las harineras para dividirse el mercado y abstenerse de competir. Finalmente se refirió a la diligencia llevada a cabo por CLICAC.

CAMILO MOSQUERA DELGADO testimonia laborar en la empresa Harinas del Istmo, S.A. como gerente de ventas desde 1992 y nunca haber sido informado acerca de la existencia de un acuerdo entre las empresas harineras para dividirse el mercado y no competir, ni tampoco que le hubiesen ordenado o pedido que limitara las ventas de la harina de trigo duro o de otros productos de la empresa; por el contrario, ha realizado el mayor esfuerzo para incrementar las ventas de la empresa la cual cuenta con cinco vendedores quienes tienen un salario base más comisiones por ventas.

Por su parte CALIXTO CRESENCIO VEGA CASTILLO señaló que se dedica al comercio en general y tiene una panadería (Masapan) en Santiago. Que en virtud de ello, le han ofrecido harina de trigo las cuatro empresas harineras y trabaja con Oro del Norte debido a mejor calidad del producto, soporte técnico, facilidades de crédito y mejores precios los cuales han sufrido variaciones (alzas o bajas) dependiendo del costo de producción de la industria y la competencia de las otras empresas harineras.

El informe remitido por la Dirección de Estadística y Censo de la Contraloría General de la República da cuenta de la poca relevancia en la exportación de harina de trigo y morcajo y harinas de cereales, por contra, es significativa la importación de trigo en relación con la importación de harina de trigo y otros cereales (cfr. fs. 1327 a 1329).

Se observa, igualmente, en el expediente la declaración a cargo de VICENTE MORENO RIVERA, realizada en el Juzgado Segundo del Circuito de Chiriquí, en virtud de exhorto librado por este Tribunal. (Cfr. fs. 1339-1345). Señaló conocer al Licdo. David Virzi, por cuestiones de negocios, que adquiere la harina de trigo que vende o distribuye en su establecimiento en David de Oro del Norte, S.A., por precio, financiamiento y asistencia técnica; que Harinas del Istmo, S.A., le ha ofrecido su producto, y que ha notado que en las provincias de Chiriquí y Bocas del Toro, además de Oro del Norte, se dedican a la venta y distribución de harina de trigo Harinas Panamá, Gold Mills y Harinas Del Istmo. Agregó que nunca la empresa Oro del Norte, S.A. se ha negado a venderle harina de trigo más allá de un volumen determinado, ni le ha prohibido la venta del producto a determinados clientes.

Rindió declaración EMILIO CASTILLO SOLIS, encargado de bodega en Harinas del Istmo, S.A. Desconoce la existencia de acuerdo entre las harineras para dividirse el mercado y fijar precios y nunca le pidieron que dejara de vender o visitar algún cliente cuando se desempeñó como vendedor entre los años 1992-1995. También señaló haber notado cambios en la lista de los clientes de la empresa, puesto que se adquieren y pierden clientes.

Corre de foja 1527 a 1543 declaración de ANGEL CARREIRO, Gerente de Ventas y Mercadeo de HARINAS PANAMA, S.A. desde que fue creado el puesto. Relata que siempre ha mantenido una estrategia en ventas dirigida a competir con el resto de las empresas harineras del país, que existe rotación de clientes de la empresa y que cuando se pierden clientes se trata de tomar alguna medida para recuperarlos además de que existen clientes que prefieren comprarle a dos proveedores. En los casos de distribuidores, se les indica en ocasiones en qué áreas con cobertura deficiente se quiere que venda, pero que la empresa no sugiere el precio. Explica que es en la gerencia general de la empresa donde se toma la decisión final del precio de lista o del precio neto de cada cliente, en consulta con el gerente de mercadeo y ventas.

También se refirió al precio de lista de los productos, señalando que está disponible a todos los clientes, pero que se le puede dar un mejor precio en un momento dado y el ha estado pendiente de los precios de las empresas de la competencia.

LITABEL LIZZETA BOTELLO DE LA TORRE, gerente general de Gold Mills de Panamá, S.A., se refirió a las políticas de comercialización, competencia y seguimiento de los clientes que pierde la empresa. Por su parte, NELLY HEALY WATKINS, quien manifestó trabajar en Calox Panameña, S.A., empresa de GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., (según señaló la anterior declarante) refiere su impresión a la fecha en que CLICAC realizó sus investigaciones.

En su informe, los peritos metrológicos designados por CLICAC en relación con inspección en las instalaciones de Harinas Panamá, S.A. determinan que para el mes de julio de 2001 la empresa tenía una capacidad total de almacenamiento de 13,039.32 toneladas métricas, repartido de la siguiente forma: trigo 11,582.77 TM, harina 803.37 TM y componentes de trigo en 653.18 TM.

En este mismo sentido con relación a la empresa Harinas del Istmo, S.A., se informa que en ésta la capacidad total de almacenaje es de 6,082.86 toneladas métricas, de las cuales para trigo corresponden 5,696.83 TM, para harina 344.23 TM, para aditivos y componentes 41.80 toneladas métricas. El perito de esta empresa, JOHN C. CHENG dictamina una capacidad máxima en toneladas métricas de 5,972.00 de las cuales 5,586 corresponden a trigo (no comprimido) y 386 se aplica a harinas, aditivos y afrecho.

En cuanto a Harinas del Istmo S.A., el perito designado por el Tribunal determinó una capacidad de almacenamiento de trigo de 5,639.89 TM, de harina 344.23 TM y aditivos y componentes 41.80 TM lo que asciende a una capacidad total de 6,025.92. Con relación a HARINAS PANAMA informa el perito que tiene una capacidad para almacenar 11,594.03 TM de trigo, 804.09 TM de harina y 653.18TM de componentes, lo cual asciende a una capacidad total de almacenaje de 13,051.30.

ROBERT MOTTA CARDOZE, ganadero, al momento de rendir declaración sostiene que no recuerda nada relativo a un acta de reunión celebrada el 24 de junio de 1997 en la Asamblea Legislativa de Panamá, ni acerca de acuerdo alguno celebrado entre Roberto Lombana, Camilo Mosquera, David Virzi y Alejandro Lorenzo, si bien

aceptó conocer a los señores Tilson Wofschoon, Carlos Eleta, Benjamin Btsh y David Virzi.

También se acopiaron al expediente informes periciales del perito designado por el Tribunal, Juvenal Alcibiades Arosemena Batista, dentro de las inspecciones judiciales llevadas a cabo en las oficinas de las sociedades Gold Mills, Harinas Panamá, y Harinas del Istmo., producto del examen de los archivos, informes, reportes, registros de contabilidad y consultas (cfr. fs.1708-1773). Concluye el perito que no se encontró ningún documento suscrito entre las cuatro empresas harineras en que se haya convenido aspectos relacionados con la producción, procesamiento, distribución y comercialización de la harina de trigo. Tampoco se encontró constancia alguna de comunicación o intercambio de información entre las empresas relacionada con el precio de la harina o con el reparto de las ventas de sus productos o políticas de fijación de precios. En relación a las políticas de cada empresa para fijar sus precios, se deja constancia de que no existen dichas políticas (en el caso de Gold Mills existen algunas normas y procedimientos, en Oro del Norte no existe política definida, en Harinas del Istmo existen algunas normas y parámetros y en Harinas Panamá tampoco hay política definida escrita). Se hace una exposición de las alzas y bajas observadas en cada empresa así como los productos fabricados por cada una. También se deja saber que las empresas no han importado harina de trigo ni productos derivados de la harina de trigo. De igual forma se recogió información del comportamiento de los precios en cada empresa (agosto 1996 a mayo 2001) tal como resulta visible a fojas 1764 y 1765 del cuaderno procedimental. Consta además el tipo de cliente para cada empresa (panificadoras, panaderías, pastelerías, galleterías, distribuidoras, mayoristas, supermercados, restaurantes, pizzerías, negocio familiar, hospitales, fondas, hoteles, fincas, fábricas, colegios, mini-superes, abarroterías). Concluye el perito que los precios de venta para las cuatro empresas no ha sido uniforme en el periodo 1996-2001. La participación en el mercado de cada empresa se aprecia así:

Año	G. Mills	H. Panamá	H. del Istmo	Oro del Norte	Totale s
1996	32.5	33.6	17.6	16.3	100.0
1997	32.5	33.8	16.4	17.6	100.0

1997	32.5	33.8	16.4	17.8	100.0
1998	30.9	35.5	15.8	17.8	100.0
1999	31.9	36.6	14.0	17.5	100.0
2,000	32.6	38.3	12.6	16.5	100.0
a mayo 2,001	32.0	38.4	11.6	18.0	100.0

Se nota que los peritos de Harinas Panamá, S.A., Orlando Palma y Damián Alvarado no difieren en lo medular de lo dictaminado por el perito Arosemena (vid fs. 1774 a 1796 de la actuación). También se han incorporado informes periciales que corren de fojas 1799-1890, 1912- 2058, 2090-2093, 2115-2128.

Visible en la actuación, figura el informe pericial presentado por los peritos contadores públicos autorizados designados por la CLICAC, Humberto Castillo Sosa, Yadira Almario V., Pedro Navarro y Alfonso Gómez (cfr. fs. 2115-3885).

Consta diligencia de inspección judicial realizada en las instalaciones de Oro del Norte, S.A., (cfr. fs. 3912-3913; 3918-3919; 3923-3924; 3928-3930; 3934-3935; 3940-3941).

Fue recibida la declaración de TOMA JIMENEZ quien manifestó dedicarse a la venta de harina desde 1992, que trabaja con ORO DEL NORTE, S.A. y vende a otros establecimientos comerciales en Panamá, Colón y Darién, áreas estas en que se venden harinas de trigo de otras empresas y en ningún momento ha recibido instrucciones de no venderle a determinado cliente. Agrega que ha captado clientes de otras empresas bajándoles el precio y mejorando la calidad del producto.

Seguidamente, se aprecia testimonio de DENIS VARGAS (cfr. fs. 3944-3948) quien se dedica al procesamiento y distribución de panes y dulces desde hace 23 años y le ha comprado harina a las cuatro empresas harineras, aunque más recientemente a la empresa Oro Del Norte, S.A., por el precio que le ofrecen, facilidades de crédito y por respuesta más inmediata dada la cercanía y que no le consta que exista un acuerdo entre las empresas del ramo para dividirse el mercado, fijar precios, asignar cuotas de ventas, restringir la producción o compensarse el lucro cesante por no venta o intercambiar informaciones.

RAFAEL VIRZI al rendir declaración manifestó ser el Gerente de Producción de Oro del Norte, S.A., desde 1991 y que la empresa no mantiene un 25% de capacidad

ociosa, debido a que trabajan incluso días feriados y domingos para cumplir con sus clientes y nunca ha recibido orden alguna para reducir la producción y vende sus productos en la mayor parte del país, excepto Darién, pues el costo de distribución es muy alto. Deja saber que era co-dueño de Oro Del Norte, S.A. y otros negocios de la familia Virzi.

Peritos metrólogos designados por CLICAC para la prueba de inspección en las instalaciones de la empresa ORO DEL NORTE, S.A., en dictamen visible a folios 3969-3988 dan cuenta de las siguientes capacidades de almacenamiento, en toneladas métricas: trigo, 5,373.13; harina, 368.00; aditivos y componentes de harina, 6.74; componentes de trigo, 36.29. El total es de 5,784.16 toneladas métricas. El informe pericial de Pedro Sánchez, tal como se observa de foja 3989 a 3995 de la actuación, arrojó idénticos resultados. A fojas 3996-4022 se observa el peritaje realizado por señor Bruno Linares en la empresa Oro del Norte, S.A.. Se concluye que la empresa utiliza toda la capacidad normal de almacenamiento con la que cuenta. (Cfr. fs. 4027). Por su lado, Cristóbal Hidalgo (cfr. fs. 4028-4035) indicó que dicha empresa inició su producción el día 8 de julio de 1991, aproximadamente, que su capacidad de producción instalada es de 40 toneladas métricas, cada 24 horas, que se han dado adiciones a la capacidad de producción de la fábrica, a partir del 4 de noviembre de 1996, adquiriendo nuevo equipo, según se detalla a folio 4030 del expediente, por lo que actualmente la capacidad de producción instalada en el molino ORO DEL NORTE, S.A. es de 79 TM/24 horas; que la planta no ha mantenido, ni mantiene el 25% de su capacidad de producción ociosa a partir del 4 de noviembre de 1996; que los volúmenes de producción de la empresa no se han mantenido iguales desde el 4 de noviembre de 1996 porque la producción se ha ido incrementando con los años, que las interrupciones que se han dado en la planta, para labores de mantenimiento, reparación, saneamiento, etc., son completamente justificables y corresponden a lo que en este tipo de industria se acostumbra y necesita.

Corre de foja 4073 a 4085 de este cuaderno procedimental el dictamen de los peritos Elsa Guanti de Rodríguez y John Cletus Cheng quienes informan no haber obtenido indicios ni evidencias sobre la importación de trigo crudo a Panamá. Proporcionan, igualmente, datos sobre importaciones y la producción de Oro del Norte,

S.A., entre 1996 y 2001, concluyendo que las cifras de producción han sufrido fluctuaciones conforme a la demanda de los clientes, ofreciendo, a su vez, detalle de los precios promedio anuales de venta de los cuatro productos principales de la empresa (cfr. fs. 4076-4077), indicando que la empresa obtuvo ganancias o utilidades de 2% (1996-1999); 1.5% (2000); 4.9% (1996); 4.4% (1997-1998); 3.8% (1999); y 4.0% (2000); que los precios han mantenido fluctuaciones significativas en lo que se refiere a harina dura y no en relación con los otros productos. Que no se ha mantenido el porcentaje de producción indicado por la actora sino un 18% de la producción total de las cuatro industrias harineras establecidas en Panamá. Las conclusiones a que arriban los peritos designados por la sociedad Oro del Norte (vid. fs. 4086 y ss del expediente) se refieren a las variaciones en los volúmenes de producción, agregando que se evidencian variaciones en las importaciones de trigo duro como en la producción de la harina industrial y en los otros productos derivados del trigo importado al igual que han sufrido cambios los precios.

El perito del Tribunal, Cristóbal Hidalgo, producto de diligencia de inspección a contratos, archivos, libros de contabilidad, facturas y demás documentación de la misma empresa, señala que no le fue posible conocer el volumen anual de importación de trigo del país o el porcentaje de esa importación global que le corresponde a cada una de las empresas, por no haber participado en las inspecciones realizadas en las otras harineras. Agregó, igualmente, que los volúmenes de importación de trigo y de producción de harina de trigo y otros derivados de la empresa, no se han mantenido iguales a partir del 4 de noviembre de 1996; no pudo determinar el porcentaje de producción de ninguna de las otras empresas demandadas, por no haber participado en las correspondientes diligencias de inspección judicial; que los precios de los productos derivados del trigo de Oro del Norte, S.A. han variado a partir de noviembre de 1996, consistiendo dicha variación principalmente en rebajas, que la producción de la empresa no se ha mantenido en forma inalterable a partir del 4 de noviembre de 1996, puesto que no se ha mantenido en 16,500 quintales por mes y ésta vende sus productos en diferentes partes del territorio nacional, contando para el año 2001 con 632 clientes, repartidos entre las provincias de Chiriquí, Veraguas, Coclé, Herrera, Los Santos y Panamá. No muestra diferencias significativas el dictamen de Eugenio Torres

y Carmen de Camarena (folios 4222-4233). Tampoco muestra diferencias en lo medular el informe de Pedro Sánchez, perito del Tribunal, como puede apreciarse a fojas 4234-4242. Lo mismo puede decirse del dictamen de Humberto Castillo y Yadira Almario. En torno a la producción de la empresa, para el año 1996 representaba el 14% del total de la producción nacional, para el periodo 1997-2000, representaba el 17% y para el año 2001 representaba el 16%. También refieren que el precio de B/.17.25 el quintal la empresa solo lo factura para sus grandes compradores, puesto que se observan precios mayores en el resto de la facturación y que el precio real promedio ponderado del quintal de harina dura para el mes de enero de 1996 fue de B/.21.41 y para el mes de junio de 1997 fue de B/.21.68. (Cfr. fs. 4263-4271).

El perito de CLICAC, Humberto Castillo, como es verificable a fs. 4272-4375 manifestó que las importaciones de trigo hasta el día de su informe siguen siendo compradas en un sólo embarque, para las cuatro empresas demandadas; que las importaciones de trigo no se deben usar para medir comportamiento del mercado ya que muchas veces los embarques que son facturados a una empresa son traspasados a otras empresas porque las empresas que importan el trigo no hacen uso del trigo que compran. Asimismo, agregó que las declaraciones de renta de la empresa ORO DEL NORTE, S.A. no fueron auditadas por el Ministerio de Hacienda y Tesoro; que deben ser los estados financieros auditados de la empresa los documentos idóneos para determinar los rendimientos de la empresa. Adicionó el perito que la eficiencia de la empresa no es buena, ya que se ha demostrado a través de cinco años, que el costo por dolar vendido se ha mantenido entre 92 y 93 centavos por dolar vendido, a pesar de que las ventas se incrementaron en 1997 y 1998. Que el rendimiento que está obteniendo en la inversión de activo fijo se equipara con el interés que se paga en un plazo fijo, que es el 4%, es decir, que de cerrar la empresa y venderla, tendría el mismo rendimiento que el depósito del dinero en una cuenta bancaria a plazo fijo. En adición señaló que para contestar la pregunta 5 del cuestionario se utilizó información suministrada por el perito de la empresa y que no se les mostró las declaraciones de renta ni los estados financieros auditados previamente solicitados.

Se evidencia en el presente infolio, el acta relativa a la diligencia de inspección judicial en las instalaciones de la empresa Harinas Panamá, S.A., llevada a cabo el día

27 de junio de 2002, a fin de determinar si existen controles en la producción que produzcan o determinen la repartición del mercado. (Cfr. fs. 4423). En ese sentido, se aprecia en el expediente, el dictamen pericial efectuado en la precitada empresa Harinas Panamá, S.A., presentado por los peritos Julio A. Córdoba G. y Damián Alvarado, en donde los peritos concluyen que no existen controles en la producción de esta empresa que indiquen que a través de estos se determine una posible repartición del mercado, puesto que estos controles son intrínsecos del proceso de producción en sí y la finalidad de ellos es el control del proceso productivo y no del mercado en el cual participa la empresa que es la producción de harina a nivel industrial (Cfr. fs. 4428-4430). Ricardo Herrera Jaén concluye de manera similar (Cfr. fs. 4431-4433).

Por su parte, los metrólogos de la CLICAC designados para determinar si existen controles en la producción del mercado evaluando controles dentro del proceso de producción manifestaron que no se puede determinar una repartición del mercado evaluando controles dentro del proceso de producción y que si existiese un control, éste sólo estaría en las mentes de aquellos que tienen el poder de tomar la decisión de cuánto, cuándo y qué producto producir. (Cfr. fs. 4434).

Se observa, igualmente, el acta relativa a la diligencia de ratificación y contradictorio del perito de la empresa Gold Mills de Panamá, S.A., Juan Pablo Croston Castillo, quien se ratificó del contenido de la documentación que consta a fojas 1912 a 2089; 2090 a 2114; 4086 a 4212. Adicionó que en la pregunta número 2 del cuestionario, los porcentajes que se reflejan anuales de noviembre y diciembre de 1996, año completo de 1997 al 2001, muestran variaciones en cuanto al porcentaje de las ventas de las cuatro harineras; que con base a los nombres de los clientes se procedió a hacer comparaciones para determinar cuales fueron servidos por dos o más de las harineras. Agregó que desconoce si las empresas compraron trigo conjuntamente o no para los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000; que las importaciones de trigo se facturan y liquidan individualmente. El perito señaló que para la empresa Oro del Norte S.A., su mejor año en venta fue 1998, que debido a que los precios no variaron mucho sino que bajaron, puede tener su explicación en una rotación de clientes, puesto que de 490 clientes en 1998, aumentó a 569 clientes en el año 1999, lo cual, según él, se obtiene consiguiendo clientes más grandes o un número plural de clientes pequeños.

Agregó, igualmente, que para fines de medición de precios en periodos distintos se estima utilizar el método de precio promedio; que la información plasmada en la pregunta número 5 fue tomada de los libros de contabilidad manuales que lleva la empresa y las declaraciones de renta presentadas; que si existen informes auditados, pero que no los tomaron en cuenta para la presentación de esas cifras, mas sólo para una comparación de los rubros principales.

Reposan en autos las ratificaciones de las periciales practicadas. Ante los interrogantes de los apoderados judiciales de las partes se alcanzaron algunas precisiones como lo es la diferencia que existe entre la capacidad máxima y la capacidad normal, así como el hecho de que una empresa tenga una sola línea de producción para todos su productos determina la ociosidad, que no es normal que las empresas comerciales no tengan una política de crédito por escrito y menos en este tipo de empresa donde los márgenes de ganancia bruta y neta son relativamente bajos; que es normal que en las auditorías se verifique que las empresas tengan políticas de crédito por escrito para evitar desfalcos y que sean cubiertos por otras cuentas por cobrar inexistentes. Que en algunos casos, las ventas aparecen como ventas reales y no los precios de lista; que la producción Oro del Norte, con relación a las otras empresas harineras, se ha mantenido dentro del mismo margen de participación, resultando raro el hecho de que dicha empresa tenga clientes en la capital, porque se genera un costo adicional de flete, máxime cuando dicha empresa no genera una producción ni la mitad de lo que la genera Gold Mills o Harinas Panamá.

Se hacen observaciones en esta serie de interrogatorios acerca de que las producciones de las empresas se han mantenido casi a través de los años y que al consumidor le debe estar costando la incapacidad de estas empresas ya que la capacidad instalada de productividad es mucho mayor que la que ellos están generando. Ante pregunta de la apoderada de la empresa Harinas Panamá, S.A. de si una empresa debía producir al cien por ciento a pesar de no tener demanda suficiente para colocar su producto, se manifestó que tal actuación generaría una disminución de los costos fijos que a su vez generaría un menor precio del producto, lo que le ayudaría a desplazar a otras empresas del mercado a base de oferta y otros incentivos en ventas. Se agregó que aunque la harina sea un producto perecedero, también es un

producto de alta rotación de inventario. Se observa también cómo el aumento de la población genera el aumento en la producción, lo cual no es aumento de la competencia. Se llama la atención sobre situaciones de disminución de los clientes de una empresa (al caso Gold Mills) e incremento en los clientes de otra (Harinas Panamá), pero los volúmenes de venta se mantuvieron, lo que puede llevar a pensar que pudo haber un intercambio de clientes grandes por pequeños.

Se hace alusión también a los costos adicionales y diferenciados en el flete. Se explica que el precio modal es el precio de lista que establecen las empresas y el precio real ponderado es el precio de lista menos los descuentos otorgados divididos entre el total de quintales vendidos, que es el precio promedio. Se plantean algunas interrogantes respecto al porqué las ventas resultaron mayores, según informes periciales, cuando las empresas tenían menos clientes y precios de venta por quintal menores; porqué aparecía como cliente de una de las harineras un productor de pasta, cuando lo que se requiere para ello es sémola y la harinera en cuestión no la produce. Por qué para una empresa se señala al mismo año como el peor en producción pero el mejor en ventas. Se llama la atención sobre la utilización de precios promedio para establecer el precio de venta de los productos derivados del trigo por parte de todos los peritos (incluso los designados por el tribunal) y no el método promedio ponderado que utilizaron los peritos de CLICAC, lo que hace imposible la comparación de las cifras obtenidas.

Producto también de estos interrogatorios a los peritos, se da cuenta de ciertas inexactitudes y errores en los informes rendidos. A manera de ejemplo, en uno de los informes se hizo alusión al conteo de tres meses cuando lo evaluado fue un mes. Se observa un hecho que llama la atención: cómo las empresas más pequeñas tienen un precio en la venta de la harina dura por quintal con tendencia a ser inferior al de las empresas mayores. Se hace alusión al decir de que cada una de las empresas utiliza su mejor herramienta de mercadeo ante la competencia de sus rivales productoras, no obstante no se precisa cuales fueron esas políticas o técnicas de mercadeo a que echan mano las empresas. A pregunta en torno a la razón por la cual se concluyó en un informe que el comportamiento de las cuatro empresas harineras objeto de la presente demanda no ha sido uniforme ni en su conjunto ni individualmente, cuando en

cuadros presentados se observa que las empresas grandes han mantenido durante los años 96, 97, 98 un porcentaje de 66% y las dos harineras más pequeñas para el mismo periodo han mantenido un porcentaje del 34%, se anotó haber llegado a esa conclusión porque parecía que ese hecho era lo relevante de todo el proceso y, además, que la suma de cifras redondas no necesariamente puede llevar a una conclusión definitiva.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Centrado así el debate todo se reconduce a determinar si las sociedades demandadas han incurrido en prácticas monopolísticas absolutas y, por ende, nulas <<per se>> dada su ilicitud. De ser así habría de examinarse lo concerniente al pago de los daños y perjuicios causados como resultado de las prácticas ilícitas, así como lo relativo a la coadyuvancia de la Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá y la persona natural demandadas en dichas prácticas, conducta también reprochable aunque con consecuencias de distinto carácter y extensión.

Si bien delimitados de esta forma los términos del presente pronunciamiento, no debe pasarse por alto el asunto referente a la legitimación de las partes en este proceso, tema que de manera muy significativa ha mantenido latente la parte demandada y, en algún aspecto de especial trascendencia.

Iniciamos señalando que, el artículo 103 de la Ley 29 de 1996 contempla entre las funciones de la Comisión, investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y las conductas prohibidos por dicho cuerpo legal.

De otro lado, la CLICAC, y las Asociaciones de Consumidores están legitimados para iniciar como parte o intervenir como coadyuvante en defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en la vía jurisdiccional, a tenor del artículo 68. No obstante se impone hacer una precisión y tiene que ver con la especialidad del canon 27 de la ley ubicado dentro del Título I dedicado al monopolio y que es del siguiente tenor:

Condenas. En todos los casos en que se infrinjan las prohibiciones contenidas en este título, los tribunales de justicia creados por esta Ley, mediante acción civil

4904

interpuesta por el agraviado, podrán imponer a favor de este o los afectados, condena al agente económico, equivalente a tres (3) veces el monto de los daños y perjuicios causados como resultado del acto ilícito, además de las costas que se hayan causado. *

En conclusión, entendemos que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), está legitimada para demandar la existencia de prácticas monopolísticas e imponer las sanciones (multas) que la ley establece, más no para reclamar la compensación que la ley reconoce a favor de los consumidores afectados (aunque la ley no limita la acción a consumidores) (igual a tres veces el valor del daño, sanción que pretende desanimar las conductas monopolísticas y esto en el evento de que dichos daños los haya sufrido el consumidor. Y es que caben dos situaciones: que la cadena de comercialización intermedia (en este panificadoras y dulcería por mencionar algunas) hayan trasladado o no los costos que ocasionan para el individuo y la sociedad las conductas monopolísticas. Nos referimos al peso muerto por el comportamiento monopolista de las empresas que representa una medida, en dinero, de las pérdidas que sufre la sociedad cuando no se producen unidades de un bien que la beneficiaría debido a los motivos maximizadores de utilidades de los empresarios (pérdida en el excedente del consumidor) y siempre teniendo presente que el peso muerto mide una sola parte del costo impuesto por el monopolio (el costo soportado por quienes dejan de comprar el producto cuando el precio se eleva; no considera el costo para los consumidores que siguen comprando el producto pero que pagan más por éste. Su costo es el beneficio monopólico y el costo social es, por lo tanto, la suma de ambos.

Está claro que la UNIÓN NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ (U.N.C.U.RE.PA.) no inició como parte este proceso, sino que optó por desempeñar el papel de coadyuvante o adherente de CLICAC. Apoya pues las pretensiones de la Comisión; no obstante, como se dejó dicho, no es CLICAC, sino los consumidores afectados o simplemente los afectados (pueden ser otras empresas) quienes tienen derecho a recibir una indemnización, previa la acreditación del daño causado, cosa que dicho sea de paso, no se ha probado en este expediente.

De otro lado, para esta Juzgadora no hay duda de que las cuatro empresas harineras demandadas ocupan legítimamente la posición de proveedor que exige la ley. En este sentido el artículo 29 numeral 1 de la Ley 29 de 1996 define al proveedor como el industrial, comerciante, profesional, o cualquier otro agente económico que, a título oneroso o con un fin comercial, proporcione a otra persona un bien o servicio, de manera profesional y habitual.

Tampoco se pone en duda la legitimación para formar parte de este proceso de la Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá y de Bienvenido Saucedo pues el artículo 2 de la Ley 29 de 1996 señala que la Ley se aplicará a todos los agentes económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciales o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quines, por cualquier otro título, participen como sujetos activos en la actividad económica.

Se considera pues agente económico a toda forma de participación en la actividad económica, inclusive a entes como personas físicas y asociaciones de empresas, sin fines de lucro cuando participen en la actividad económica. El hecho de que las empresas demandadas no vendan directamente su producción a los consumidores no significa que pierdan la calidad de proveedor. Y es que, a menudo los consumidores no compran directamente a los fabricantes. Hay vendedores o intermediarios que probablemente trasladarán la mayor parte del sobreprecio a los consumidores y, dependiendo del hecho de ese traslado el proceso o la reclamación entablada por los vendedores puede darles ganancias gratuitas si ese aumento en el precio del bien le ha sido trasladado al consumidor o viceversa.

Otro asunto importante tiene que ver con la facultad de CLICAC de recabar documentos, tomar testimonios y obtener otros elementos probatorios de instituciones, públicas o privadas, y de personas naturales, dentro de los límites de su competencia. A este respecto se mantiene por las demandadas las aseveraciones en torno a imposibilidad de los funcionarios de CLICAC de fungir como peritos. Esta Juzgadora, agotó el tema en auto de pruebas que en su parte medular se lee:

"Al final de cuentas tenemos que la oposición a las designaciones estriba, fundamentalmente, en el carácter de funcionarios de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor que ostentan, específicamente, ALFONSO GÓMEZ, PEDRO NAVARRO, HUMBERTO

CASTILLO, YADIRA ALMARIO, RICARDO RIVAS, EDGAR KINKEAD, ELMER TOBÓN, RIGOBERTO DE LA ROSA LÓPEZ, JORGE LUIS RODRÍGUEZ, IGNACIO ROMERO y EDILMA LÓPEZ, calidad ésta que, en algún momento, les habrá podido ubicar en la posición de asesorar, y hasta de dictaminar, con respecto a los hechos que motivaron el impulso de este proceso que, por añadidura, fue antecedido de la realización de una investigación administrativa adelantada por la institución para la cual laboran.

Aún si, estima esta Juzgadora que, en este caso, las condiciones que rodean a los peritos, y que fueron descritas en el párrafo precedente, no son cosa que alterará su ecuanimidad en la apreciación de los aspectos técnicos que serán sometidos a su consideración y en la emisión del concepto que los hechos observados les merezcan.

Con la iniciación y la consecución de este proceso por la supuesta comisión de prácticas monopolísticas absolutas, la Comisión de Libre Competencia y asuntos del Consumidor no ha hecho más que ejercer la función que le ha sido encomendada por la propia Ley 29 de 1996, que concibió este organismo especial como una de sus herramientas para fomentar, salvaguardar y garantizar la libre competencia y concurrencia económicas, para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, a través de la erradicación de las prácticas monopolísticas y otras limitaciones, y la preservación del interés superior del consumidor.

Dado a papel fiscalizador, consultivo y consultor que a Comisión debe jugar con respecto al tema de la defensa de la competencia, es natural entonces que cuenta con unidades técnicas y personal altamente capacitado en esos menesteres. Nada obsta para que la Comisión invierta sus recursos en el desempeño de sus funciones, lo que incluye la utilización de sus servidores, especialistas en asuntos de regulación de mercados, más aún cuando en Panamá, ante la falta de un cuerpo de peritos debidamente conformado, las partes están facultadas para designarlos libremente.

Por otro lado, la Comisión no pretende con este proceso la obtención de un provecho particular o personalismo, circunstancia que, de existir, si podría conferir trascendencia al hecho de que los peritos sean parte de su personal, dependan económicamente de ella o hayan brindado asesoría o dictaminado con respecto a los hechos que ahora constituyen el teme decidendum e influir en su ánimo e imparcialidad o preñarlos con un interés personal en las results. La erradicación de prácticas atentatorias contra la institución de la competencia económica no es un asunto que pertenezca a la esfera de intereses subjetivos o individuales de la demandante y mucho menos de su plantilla de empleados. La Comisión, en este causa representa un interés general de carácter económico."

En similar sentido, la ley atribuye a CLICAC especiales facultades para la práctica de investigaciones; sin estas facultades que podríamos llamar instructoras, la institución se encontraría inerte para garantizar la transparencia del mercado y el libre y leal juego de sus operadores económicos. Por ello, los funcionarios que se designen podrán realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de la ley. Encuentra este despacho que al momento de requerirse las informaciones a las personas que conforman la parte demandada se reunieron tres requisitos que hablan en

favor de la licitud de las pruebas: en primer lugar fueron exigidas de forma proporcionada y en el grado indispensable para el cumplimiento de los fines perseguidos y no para servir a otros propósitos; en segundo lugar, las peticiones y/o exigencias de los testimonios y documentación estaban precedidas de la correspondiente motivación y autorización; en tercer lugar fueron las autoridades competentes las que decidieron y autorizaron llevar adelante las investigaciones al amparo y en cumplimiento de la ley.

Los Comisionados de CLICAC, especialmente el Comisionado Presidente debe asegurar la eficacia de la acción de esa institución con modalidades de procedimiento apropiadas a la función que desempeñan, sin pretender que éste realice en su plenitud todas las diligencias, pues ello implicaría una pérdida significativa de capacidad de actuación, de ahí las delegaciones en los funcionarios de la Institución. La preocupación de CLICAC en tal sentido se pone de manifiesto con la adopción de la "Guía sobre Pruebas en los Procedimientos de Investigación Administrativa correspondiente al Título I de la Ley 29 de 1996"; no obstante tampoco tenía vigencia tal resolución a la fecha en que se adelantaron las investigaciones en este caso, ya que fue adoptada mediante Resolución N° PC-052-01 de 27 de julio de 2001 (vid. Gaceta Oficial N° 24389 de 17 de septiembre de 2001).

Las declaraciones de funcionarios de CLICAC recabadas en el expediente dan cuenta de que el documento intitulado "Informe elaborado y suscrito por las Direcciones Financiera, Económica y Legal de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, sobre los resultados de la investigación administrativa por presuntas prácticas monopolísticas que se realizan en la industria panameña de elaboración de harina de trigo" fue presentado en dos versiones de igual contenido. Tal documento fue tachado de ideológicamente falso. Es decir no se atribuye una falsedad material (adulteración...) sino ideológica dado que tiene dos fechas distintas. No obstante considera esta juzgadora que no se ha faltado a la verdad en el proceso con tal documento; no se pretendía ningún resultado de dudosa licitud con su incorporación; no se pretendió hacer ver cosa distinta y si bien la fecha de los documentos forma parte de las declaraciones que contienen (declaración de haberse otorgado en esa fecha) ha

primigénicamente ante los Comisionados en dos ocasiones distintas y más tarde aportados al proceso.

Ventilados estos aspectos, resta entrar al meollo del asunto: la comisión de prácticas monopolísticas por parte de la industria harinera.

Debe partirse por señalar que el artículo 5 de la Ley 29 de 1996 prohíbe, en las formas contempladas en la 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.

El carácter ilícito de las prácticas monopolísticas absolutas sin consideración de sus posibles efectos económicos negativos, queda establecido en el artículo 10 de la Ley 29 de 1996, procediendo la norma siguiente a describir cuáles son tales prácticas. Así dispone que 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;
2. Acordar la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar, sino solamente una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitada de servicios;
3. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables, o
4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas".

Habrà de verificarse que estas conductas se hayan llevado a cabo luego de la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996, esto es, en nueve (9) meses contados a partir de su promulgación pues esta Ley sólo se aplicará a los hechos, actos, sucesos o situaciones jurídicas o de hecho contemplados en ella, que se realicen u ocurran con posterioridad a su entrada en vigencia.

Se hace esta aclaración pues ha sido tema discutido en este proceso, incluso recalado en los alegatos de conclusión de las partes; sin embargo esta Juzgadora ya

dejó claro su criterio en escrito de apelación dentro de Acción de Amparo de Garantías Constitucionales relativo al tema.

La persistencia en torno a este punto quizá se deba a que en efecto, el tema ha admitido doctrinalmente posiciones encontradas, llegándose a sostener que si, en términos generales, los comportamientos monopolísticos estaban prohibidos en la Constitución Política, su prohibición en la Ley 29 de 1996 y la aplicación de esta, no le estaría dando efectos retroactivos a un acto que ya estaba prohibido por la propia Constitución, sino haciendo efectiva dicha prohibición.

Pese a ello, esta Juzgadora es del criterio de que sancionar en la forma que la ley señala y por los casos que ella describe sólo es posible a la luz de nuestra normativa a partir de la vigencia del texto legal de rango inferior. El principio general es el de que la aplicación de toda ley es inmediata, esto es, que se aplica al presente; pero nunca puede referirse al pasado; salvo que la propia ley así lo disponga, distinción que se ve con claridad, cuando se trata de situaciones jurídicas nacidas y extinguidas bajo el imperio de una sola ley.

Menos sencillo es el caso de duración de una situación jurídica nacida al imperio de una ley se prolonga más allá de la fecha en que dicha ley tiene vigencia, casos para los cuales se hace preciso determinar en qué consiste el efecto inmediato y cuál sería el retroactivo de la ley; pudiendo decirse que si la nueva ley pretende aplicarse a efectos verificados (*facta praeterita*), es retroactiva; si pretende aplicarse a una situación en curso (*facta pedente*); y será necesario hacer una separación entre lo ocurrido en fecha anterior al cambio de legislación que no podrá ser alcanzado sin que la nueva ley sea retroactiva y las posteriores, para las cuales la ley nueva, al aplicarse no tendrá sino un efecto inmediato. Nuestra legislación es clara: la ley solo se aplicará a hechos o situaciones que se realicen u ocurran con posterioridad a su entrada en vigencia. De ahí que habrá de estarse a los hechos, actuaciones y situaciones ocurridos a partir del mes de noviembre de 1996.

Como sabemos, la prueba de presunciones es común en el derecho de la competencia, (considerada la prueba reina en esta materia). Conocida la ilicitud de las prácticas por parte de los operadores económicos, en muchas ocasiones no podrá encontrarse prueba directa cualitativa de la infracción por lo que habrá que recurrir a la

prueba de indicio detectando las formas de exteriorización de la conducta orientada a afectar la competencia. La correcta utilización de la prueba indiciaria exigirá del intérprete judicial la acreditación de una inferencia lógica y razonable de los hechos probados a unas conductas que se estiman prohibidas; en ello los análisis económicos tendrán especial relevancia.

En el proceso sub-iúdice no existe una prueba directa de las prácticas que se acusan. Esto es, no existe un contrato o documento escrito en el que las sociedades demandadas hayan dejado constancia de las obligaciones, derechos y compromisos a que amban. El documento que consta en el expediente en tal sentido, data del año 1994, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1º de febrero de 1996.

No obstante lo anterior, en cuanto a la forma del acto ilícito, la ley habla de cualesquiera combinaciones, arreglos convenios o contratos. El Código Civil trata como sinónimos a los contratos y convenios y los define como los actos por los cuales una parte, -que pueden ser varias personas- se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Por arreglos podemos entender los acuerdos, tratos o prácticas concertadas que sin haber llegado a concretarse en un contrato o convenio substituyen conscientemente los riesgos de la competencia; y por combinaciones tanto la concertación de prácticas como la disposición de elementos para obtener un resultado anticompetitivo. Sin embargo, no tiene demasiada trascendencia la delimitación exacta de los términos por cuanto tienen idéntico tratamiento y consecuencias en la Ley.

del

Las conductas anticompetitivas, en cualquiera de sus modalidades, deben ser realizadas entre agentes económicos "competidores" ya que por tratarse de restricciones horizontales tienen lugar entre empresas que operan en igual nivel de producción y mercado. De ahí que para calificar las prácticas así como el carácter de competidor, haya de definirse y analizarse el mercado sobre el que se producen. Con el material acopiado al expediente podemos afirmar que el mercado pertinente es el de las harinas derivadas del trigo (se trata de definir qué productos deben tratarse conjuntamente lo que da cuenta de su nivel de sustituibilidad y su elasticidad) y el mercado geográfico es la República de Panamá. Consta que las cuatro empresas demandadas GOLD MILLS, S.A., HARINAS PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A. Y ORO DEL NORTE, S.A., son las únicas fabricantes de harina en nuestro país y

el mercado nacional es compartido con algunos niveles de importación que resultan para los efectos, insignificantes.

La estructura del mercado que nos ocupa es oligopólica pues el número de vendedores del producto es limitado. Es cierto que, debido a que un mercado monopolístico solo tiene unas cuantas empresas cada una debe considerar el efecto que tienen sus propias políticas en el comportamiento de los competidores; por eso los oligopolistas son interdependientes, esto es, cada empresa está consciente de que cualesquiera cambios que se lleven a cabo en calidad y precio de sus productos o bien en estrategias publicitarias puede desencadenar una reacción de los competidores.

Es evidente que la institución del mercado mas eficiente es aquella que sea capaz de generar un precio para el bien que maximice la suma del excedente del consumidor y del productor (un precio en la intersección de la curva de la oferta y la demanda). Este sería el caso de empresas tomadoras del precio dado por el mercado constituyéndose así en un mercado perfectamente competitivo caracterizado por la existencia de muchas empresas con total libertad de entrada al mercado, productos homogéneos y movilidad perfecta de los factores de producción.

El análisis económico permite pues identificar las características que indican una predisposición del mercado hacia las fijaciones de precios y control y/o asignación entre las empresas de las cantidades a producir, los resultados de mercados altamente competitivos sirven como punto de referencia que pueden usarse para medir el desempeño de otras estructuras del mercado.

El mercado de la industria harinera que ocupa nuestra atención se caracteriza por una gran interdependencia entre las empresas y debido a esto no existe un solo modelo económico que permita explicar todo lo referente a su comportamiento. Es que en situaciones como esta puede darse desde una guerra de precios entre las empresas por una competencia feroz, como puede adoptarse un comportamiento cooperativo y, más aún, colusivo, ya que al existir un número reducido de empresas (4) pueden llegar a acuerdos sobre precios y nivel de producción. Y hay propensión a ello cuando el bien que se ofrece (harina de trigo) no tiene un sustituto perfecto y existen barreras de entrada al mercado (en este caso aranceles y asuntos relacionados a la tecnología).

Producto de las piezas que obran en el expediente se percibe una colusión del tipo del cártel. Se descarta la existencia de líderes en precio - tipo de colusión tácita o informal-, no se ha evidenciado tampoco por parte de las empresas la utilización de estrategias de valoración a costo total -método para determinar el precio de un bien agregando un porcentaje de sobreprecio al costo variable promedio- ni tampoco se observan movimientos y contramovimientos estratégicos entre empresas rivales -teoría de los juegos-

Las probanzas dan cuenta de la estrecha colaboración y actuación colusiva de las empresas demandadas. Desde la importación conjunta de la materia prima principal (trigo) y el sistema de redistribución de la misma luego del desembarque, hasta las fluctuaciones y comportamiento de los precios, pasando por una vigilancia que se manifiesta en las intervenciones y pagos realizados a Bienvenido Saucedo por parte de las cuatro empresas harineras con el aval de la Asociación que agrupa a tales empresas. El examen de las pericias acopiadas al expediente dan cuenta de una fluctuación en los precios que siempre mantiene o conserva ciertos márgenes de diferenciación entre las empresas. La escasa fluctuación en los precios y los márgenes anotados ante cambios de las condiciones de la demanda y el costo variable de la materia prima sugieren un debilitamiento de las fuerzas competitivas. Y es que las fluctuaciones de precio son el reflejo de las estructuras competitivas subyacentes y por tanto juegan un papel fundamental en la determinación de la índole de estas.

Se observa también que a través de los años las participaciones en el mercado han sido demasiado estables para ser un resultado plausible de la actividad competitiva normal. Se dan variaciones regionales en los costos que no se pueden explicar; y es que, tomando en cuenta los costos del transporte en relación con el valor de los productos no todos los fabricantes podrían ser capaces de competir por los mismos clientes y aún con precios inferiores.

Aquellos comportamientos que se han querido hacer ver como independientes por parte de las sociedades demandadas se deben a razones que el análisis económico puede explicar. Cuanto mayor es el número de empresas involucradas tanto más difícil es negociar. El éxito continuo del cártel depende de diferentes factores, entre ellos, la existencia de barreras de ingreso al mercado; sin embargo el principal problema al que

se enfrenta un cartel es la latente tentación de cometer fraude contra el acuerdo, fraude ya sea en el precio establecido, vendiendo más de la cantidad asignada, ofreciendo servicios adicionales, rebajas u otro tipo de comisiones en lugar de bajar el precio

Un factor que puede ocasionar una diferencia en los costos a largo plazo es la ubicación (ya sea de manera positiva o negativa) Si los costos difieren entonces más rápidamente surgen los problemas (Oro del Norte y Harinas del Istmo) pues cuanto mayores sean las diferencias en costos promedio (el costo total dividido entre la producción) mayores serán las ganancias económicas que se reciban Si el cartel asigna a las empresas de costo alto menos producción que las que desean, esto puede rebasar los límites del cartel y debilitarlo. El motivo de una empresa para incumplir lo pactado dependerá de que tan probable es que las otras empresas se den cuenta del incumplimiento

El problema pues de este tipo de comportamiento en el mercado es que los operadores involucrados tienen un gran incentivo para engañar a la otra, venderle a algunos clientes a un precio por debajo de lo convenido de ahí que los convenios colusivos no son estables aunque es natural pensar que la interacción repetida facilita la colusión porque permite a las empresas castigar al que engaña

Esta industria en particular no se comporta de manera competitiva Ser competitivo y actuar en consonancia es posible aún cuando se trate de una estructura de mercado oligopólica Y es que, como ya señalamos, los oligopolios pueden comportarse de manera competitiva - extremo opuesto al cartel- porque las empresas pueden destinar recursos para poder diferenciar sus productos (nótese que en este caso incluso las presentaciones del producto en cuanto a cantidades son coincidentes) y pese a ser un bien homogéneo debe tenerse presente que la diferenciación puede darse por razones diferentes a las características físicas del producto

Las empresas compiten en el mercado no solo a través de los precios que cobran por los bienes, sino mediante la elección de las cantidades que producirán, haciendo los ajustes que se vayan evidenciando necesarios a lo largo del tiempo.

En el presente proceso el abundante caudal probatorio aportado ha permitido constatar que los agentes económicos no hacen sus elecciones de estrategia en forma aislada Esto es lo que se conoce como juego no cooperativo porque no hay posibilidad

de cooperación formal o vínculo entre los operadores. Ningún agente económico tendrá incentivos para cambiar sus acciones si supone o está seguro de que sus oponentes tampoco cambiarán las suyas.

La cauda probatoria allegada al expediente, valorada en su conjunto, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica permiten a esta Juzgadora afirmar la existencia de prácticas monopolísticas absolutas y así lo declara.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de todo lo expuesto quien suscribe, JUEZ OCTAVA DE CIRCUITO CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA:

PRIMERO Que las sociedades GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A., y ORO DEL NORTE S.A., han incurrido en prácticas monopolísticas absolutas consistentes en acordar de manera informal el establecimiento márgenes de precios de la harina de trigo y el mantenimiento de porcentajes de participación en el mercado durante el período de noviembre de 1996 a septiembre de 1997.

SEGUNDO Que a tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 10, 11 y 12 de la Ley 29 de 1996, es nulo todo acuerdo sostenido por las sociedades demandadas GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A., y ORO DEL NORTE, S.A., entre sí y/o con la intervención de la ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA y BIENVENIDO SAUCEDO RODRIGUEZ desde el 4 de noviembre de 1996 con el objeto o efecto de mantener y manipular precios de venta de la harina de trigo en el mercado nacional e intercambiar información con el mismo objeto o efecto así como mantener porcentajes de participación en el mercado nacional.

TERCERO Que la ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA no debe ser utilizada como foro para el intercambio de información en relación a precios de venta de cada una de las sociedades demandadas y con respecto a su participación en el mercado, con objeto o efecto de restringir la competencia.

CUARTO Que BIENVENIDO SAUCEDO RODRIGUEZ debe abstenerse de obrar en beneficio de prácticas ilícitas en relación con los precios de venta de cada una de las sociedades demandadas y con respecto a su participación en el mercado que restringen la competencia

QUINTO Que la COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC) no está legitimada para pretender a su favor el pago de la suma de B/ 4,725,794 56 en concepto de daños y perjuicios que reclamaron como causados por las sociedades GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A. y ORO DEL NORTE, S.A. y como resultado de los acuerdos y prácticas ilícitas y durante el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1997. por no ser afectada por las prácticas descritas. con ello se accede a las Excepciones propuestas en este sentido

SEXTO Que no accede a la declaración de TACHA DE FALSEDAD DE DOCUMENTO intitulado "Informe de las Direcciones Ejecutivas Legal, Financiera y Económica de la CLICAC sobre los resultados de la investigación administrativa"

SEXTO Que las sociedades GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A. y ORO DEL NORTE, S.A. deberán pagar a favor de la demandante la suma de CINCO MIL BALBOAS CON CERO CENTESIMOS (B/ 5,000.00), cada una, en concepto de COSTAS del presente proceso. Los gastos serán liquidados por Secretaría.

X

Fundamento de Derecho: artículos 1, 2, 5 a 7, 10 a 12 y 27 de la Ley 29 de 1996, artículos 688 y 780 y siguientes del Código Judicial

NOTIFIQUESE


LA JUEZ
LCDA. MARIA TERESA GARCIA S DE VASQUEZ


EL SECRETARIO
LCDO. PEDRO DIDIER TORRES TORRES

Non liquet... no renovada... posterioridad