



Comisión de Libre Competencia y
Asuntos del Consumidor

LA COMISIÓN HACE DEL CONOCIMIENTO PUBLICO LAS RESOLUCIONES NÚMEROS PC-253/02 Y PC-254/02 AMBAS DE 28 DE JUNIO DE 2002 POR MEDIO DE LAS CUALES SE NIEGA EL CONCEPTO FAVORABLE A LA CONCENTRACIÓN CERVECERA ENTRE BAVARIA Y CERVECERIA BARU PANAMA, S.A. Y SE CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES LA RESOLUCIÓN No. PC-139-02 DEL 10 DE MAYO DE 2002.

LA CLICAC HA CONSIDERADO PERTINENTE HACER DEL CONOCIMIENTO PUBLICO LAS RESOLUCIONES PREVIAMENTE SEÑALADAS EN ATENCIÓN A LAS MULTIPLES SOLICITUDES RECIBIDAS EN ESTA SEDE.

POR CUANTO QUE ESTAS RESOLUCIONES CONTIENEN INFORMACIÓN DE CARÁCTER CONFIDENCIAL A LAS MISMAS SE LES HA HECHO UNA EDICIÓN EN DONDE SE TACHAN AQUELLOS SEGMENTOS QUE LAS PROPIAS PARTES HAN CONSIDERADO SENSITIVOS A LOS INTERESES DE LAS MISMAS.

RESOLUCION No. PC- 254-02
(De 28 de junio de 2002)

**EL PLENO DE LOS COMISIONADOS DE LA COMISION DE LIBRE
COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES**

CONSIDERANDO:

I. Los Antecedentes

Que el día veinte (20) de mayo de 2002 la firma forense MORGAN & MORGAN actuando en nombre y representación del GRUPO BAVARIA. S.A., (en adelante Bavaria) quien recientemente adquirió el control accionario de la CERVECERIA NACIONAL S.A.(en adelante CNSA), interpuso ante la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (en adelante Comisión), recurso de reconsideración con apelación en subsidio contra la Resolución No. PC 139-02 de 10 de mayo de 2002 emitida por esta Entidad. Así mismo, la firma forense ARIAS FABREGA & FABREGA, actuando en nombre y representación de CERVECERIAS BARÚ- PANAMA, S.A. (en adelante CBP), presentó ante esta Comisión, recurso de reconsideración contra la Resolución PC-139-02 antes mencionada. Los abogados de los agentes económicos antes mencionados solicitan la revocatoria de la resolución impugnada y en su lugar, requieren que la Comisión otorgue el concepto favorable a la misma con fundamento en los argumentos que se presentan en cada uno de dichos escritos. En este sentido, se procede a examinar tales recursos en resoluciones distintas, dado que la Cervecería Barú Panamá, S.A. solicita a esta Comisión lo siguiente:

“SOLICITUD ESPECIAL: En virtud de la importancia y la sensibilidad que para nuestro cliente tiene la información y pruebas que por este medio aportamos, la cual, de ser conocida por terceros podría causarle graves perjuicios irreparables, solicitamos, formalmente, a la CLICAC, en base al

artículo 70 de la Ley 38 de 31 de julio de 2001, según fue modificado, y el artículo 111 de la ley 29 de 1 de febrero de 1996, que se mantenga estrictamente confidencial y en cuadernillo separado el presente escrito, al cual tengan acceso, únicamente, los funcionarios de la CLICAC vinculados con esta investigación.”. (El resaltado es de la CLICAC)

II. Escrito de reconsideración presentado por la firma Arias, Fábrega y Fábrega en representación de la Cervecería Barú Panamá, S.A.

Al respecto de este recurso, la CBP señala los argumentos medulares, para sustentar la petición de aprobación de la presente solicitud de verificación previa de concentración económica:

1. Con relación a la excepción de insolvencia:

- 1.1. La CBP acepta que la CLICAC correctamente concluye que como empresa [REDACTED] en la presente concentración económica.¹

2. Acerca de la situación financiera de CBP:

- 2.1 Se señala que esta empresa se encuentra [REDACTED] un mercado maduro y de crecimiento moderado como lo es el cervecero.
- 2.2 La CBP señala que lo anterior se configura por la pérdida de mercado sostenida debido a la capacidad ociosa del mismo, [REDACTED] y a una acentuada caída de la demanda, por lo que las operaciones de esta empresa [REDACTED].
- 2.3 Que para llegar al [REDACTED] alcanzar un 5% anual adicional de mercado.

¹ Cfr. foja 2871 del cuadernillo confidencial de CBP del trámite de concentración, (foja 3 del escrito de reconsideración).

- 2.4 Reconocen que si el flujo de caja no es aun más negativo se debe [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].
- 2.5 Indican que al reforzar CNSA su posición con Bavaria con mayores economías de escala, menores costos, mejor tecnología y estrategias de mercadeo, la posibilidad de CBP de incrementar su participación en el mercado es remota.
- 2.6 Que no es conveniente que [REDACTED]
[REDACTED] cuando también confronta una fuerte competencia que la supera en recursos.
- 2.7 Que [REDACTED] aumentó de [REDACTED] desde junio 30 de 1998 a 2001; [REDACTED]
[REDACTED] de 1998 a 2000; que [REDACTED] y que la relación total de pasivos a patrimonio se observa de [REDACTED]
- 2.8 [REDACTED]
[REDACTED].
- 2.9 Que la relación de deuda/EBDITA que al 30 de junio de 2001 era [REDACTED] 1 al 31 de marzo de 2002 según los estados financieros interinos al 31 de marzo de 2002 [REDACTED].
- 2.10 Que se crea una posibilidad [REDACTED] por parte de CBP [REDACTED] no solo por la existencia de Bavaria (siendo que CNSA es el líder del mercado), sino por la baja de aranceles del 15% a 0%, y en consecuencia, importaciones provenientes de Centroamérica (a raíz del TLC firmado) y precisamente del Salvador [REDACTED]
[REDACTED]
- 2.11 Seguidamente los apoderados de la CBP efectúan una extensa relación doctrinaria para señalar que el documento de [REDACTED], recibido por [REDACTED] para la compra [REDACTED]
[REDACTED]² [REDACTED]

² Coca Cola y CBP son parte del mismo grupo económico. La presidencia de ambas empresas recae en la misma persona natural.

[REDACTED] sino una disposición de esta empresa de iniciar un proceso investigativo de carácter financiero, operativo y administrativo con miras a posteriormente realizar o no una oferta a la CBP.

2.12 Que al momento de [REDACTED], Coca Cola tenía un compromiso contractual con Bavaria que le impedía atender la [REDACTED], siendo que además de dicho documento [REDACTED]
[REDACTED]

2.13 Que nunca [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

2.14 Que la CLICAC actuó de manera [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

2.15 Que en todo caso, el precio sugerido [REDACTED]
[REDACTED]

2.16 Que [REDACTED]
[REDACTED].

2.17 Solicitan que se otorgue el concepto favorable de la concentración económica dado que:

- [REDACTED],
- Hay inexistencia de ofertas distintas a la de Bavaria,
- Derivado de la concentración se observarán las eficiencias económicas que presenta Bavaria.
- CBP se encuentra en desventaja en economías de escala y fortaleza frente a la CNSA posterior a su adquisición por parte de Bavaria, ya que habrá reducciones para la última en costos de operación y de materias primas.
- Sin la aprobación de la CLICAC de la concentración económica planteada, [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]³, eliminándose la oportunidad de generarse

³ Cfr. Foja 2878 (reverso), del expediente confidencial de la de reconsideración de CBP, (foja 20 del escrito de reconsideración de CBP)

las eficiencias que se derivan de la concentración económica con Bavaria.

III. Opinión de la CLICAC

A manera general deseamos expresar lo siguiente:

1. Especificidad de los preceptos de la Ley 29 de 1996:

En primer lugar debemos destacar que la naturaleza del procedimiento de verificación de concentraciones económicas que se surte en la CLICAC es de tipo administrativo como entidad autónoma y descentralizada según el artículo 101 de la Ley 29 de 1996 que la crea. Ahora bien, es un procedimiento administrativo que si bien es uno a los cuales más se refirió la Ley 29 de 1996, está sumergido dentro de las limitaciones y permisiones que establece la referida Ley 29 (que prima sobre cualquier otra que la haga inaplicable o la contradiga), y que básicamente ordena la confidencialidad de las informaciones que obtenga la CLICAC en el ejercicio de sus funciones, sin dar cabida a que la administración distinga entre aquello que tendrá el carácter confidencial y lo que no.

Por consiguiente, la recepción de esta información es delicada y su utilización bastante compleja de por sí para darle uso en una resolución, sin incurrir en divulgación de datos sin autorización de su titular. El carácter de reservado es confirmado por la Ley 6 de 2002 al señalar en su artículo 14 numeral 4 que las informaciones que obtenga la CLICAC en el ejercicio de sus investigaciones son de acceso restringido hasta por 10 años, prorrogables por 10 años más. Por tanto se refuerza lo importante y vital de las informaciones que se reciben en esta sede administrativa.

Así mismo observamos que la Ley 29 de 1996 en sus artículos 26 y 103 numeral 8 permiten que la CLICAC realizar investigaciones para la toma de la decisión que debe emitir frente al concepto requerido por los solicitantes.

Para desarrollar esta tarea, la CLICAC cuenta con poderes de requerimiento de información contra los interesados tal como lo señala el artículo 118 numeral 2 de la referida Ley 29, más carece de dicha facultad contra terceros que son titulares de informaciones que puedan colaborar con la investigación en la definición del mercado, según el párrafo 47 y sgts. de la guía para el control de las concentraciones económicas.

Estas últimas informaciones no se encuentran en Instituciones con carácter público para que pudieran ser accesadas por todo interesado (entre ellos la CLICAC) como tal vez ocurra en otras latitudes. En Panamá estas informaciones se encuentran únicamente en las empresas que se desempeñan en distintas actividades y cuya consulta es obligante para una definición objetiva de mercado, tal como lo preceptúa el mencionado párrafo 47 y sigts. de la guía en cuestión. Con las informaciones que nos presenten los interesados, más las que recabe la CLICAC en su procedimiento puede generarse u obtenerse una panorámica bastante clara de la realidad del mercado y a la verdad material.

Esto último coadyuva a la toma de la mejor decisión para la sociedad en general de la cual son parte los consumidores, proveedores de quienes se desean integrar, los clientes de los mismos en el canal de distribución, otros agentes económicos pertenecientes a mercados adyacentes y los participantes del mercado de la cerveza en este caso en particular. Negar la posibilidad de investigar adecuadamente, es desconocer la Ley y el papel que debe desempeñar la CLICAC dentro de la sociedad y causaría la toma de decisiones casi a ciegas de lo que puede tener graves repercusiones con posibilidades muy desalentadoras de reparación o restitución de situaciones a niveles de mayor competitividad en el mercado.

Por tanto vemos que las fuentes de información para la CLICAC se limita a lo que los interesados nos brinden, lo que las entidades públicas puedan tener en sus archivos y lo que podamos obtener a través del mecanismo de autorización judicial, que si obliga a las empresas a compartir informaciones vitales para sus empresas con la CLICAC, ya que como mencionábamos

anteriormente, la Ley 29 de 1996 no tiene una norma que permita a la CLICAC exigir información a las empresas con independencia del Organo Judicial. No obstante esta información se entrega a CLICAC bajo los rigores de la confidencialidad y acceso restringido y bajo la confianza de actuaciones serias de esta entidad administrativa frente a las informaciones que reciben.

Aunado a lo anterior, es necesario estar conscientes que el proceso en la CLICAC si bien es de tipo administrativo informal de acuerdo al artículo 34 de la Ley 38 de 2000, responde básicamente a lo que la Ley 29 de 1996 le permite realizar tal como hemos señalado anteriormente. Más sin embargo, esta actuación se debe realizar sin desbordar esas facultades en atención a que estamos sometidos al principio de la legalidad (que implica cumplir con el formalismo que establecen las leyes directamente aplicables), y sin crear procedimientos adicionales u obviar los existentes, tal como lo señalan los artículos 36 y 47 de la Ley 38 de 2000.

En este caso la primera ley aplicable es la ley 29 de 1996, posteriormente la antes mencionada Ley 38 de 2000 en aquello que no contraríe a la Ley 29 de 1996, y finalmente el Código Judicial en caso de vacíos y que no contraríe a la citada Ley 29, según lo ordena el artículo 234 de la misma.

La Ley 29 de 1996 como marco general, es una Ley especial y por tanto de aplicación primaria sobre otras leyes que puedan verse con carácter supletorio en casos de vacíos, siendo que tal carácter supletorio es en tanto y cuanto no se traten de introducir aspectos o normativas que contraríen o imposibiliten la aplicación la ley 29.

La aplicación de las normas del Código Judicial por ejemplo es muy puntual, y en aquello que no se oponga a los mandatos de la ley 29 de 1996. En este sentido es importante partir de la circunstancia de que el mismo carece de una norma general de confidencialidad como la que tiene la CLICAC en su artículo 111, así como tampoco contienen normativas que desarrollen un procedimiento a seguir en el escenario que el trámite ordene que las informaciones que se reciban tengan carácter confidencial. Por tanto, el

Código Judicial no cuenta con una normativa que pueda servir supletoriamente para llenar vacíos.

La Ley 29 de 1996 crea entonces un instrumento legal en el cual se debe fundamentar la CLICAC para emitir sus conceptos y cuyas actuaciones deben entenderse a la luz de las delicadas funciones que se esperan sean cumplidas por la Comisión, al velar y ejercitar una tarea de orden público.

2. Confidencialidad:

La disposición de confidencialidad que contiene la Ley 29 de 1996 en su artículo 111 señala lo siguiente:

Artículo 111.

“Confidencialidad: Las informaciones que la Comisión reciba de las empresas y organizaciones, por razón de la gestión de asuntos en ejercicio de sus funciones, no podrán ser divulgadas sin la autorización expresa de aquellas personas que hayan suministrado la información o documento correspondiente. Se exceptúan, las informaciones que le sean requeridas por autoridades del Ministerio Público o del Órgano Judicial, en la forma que dispongan las normas pertinentes.”

Somos conscientes que la disposición de confidencialidad vigente en cuestión básicamente:

- Limita el actuar y lo que permite realizar a los funcionarios de la CLICAC condicionando el procedimiento que derivado de ello puede llevarse a cabo, y,
- Puede afectar efectivamente el procedimiento en lo que se permita o prohíba a la CLICAC, incluso contra quienes participen de los trámites que se lleven a cabo en esta Entidad.

Estimamos que lo anterior ocurre:

- Por lo vital de las informaciones de tipo empresarial que son entregadas a la CLICAC en el ejercicio de sus funciones y previa orden judicial de efectuar dicho requerimiento.

- Protege de igual forma a las empresas que entregan sus informaciones contra quienes pueden aprovecharse de estos procesos para acceder información vital que puede poner en peligro la permanencia en el mercado de tales empresas que revelan dichas informaciones, si estas caen en manos de su competencia o potenciales competidores o de quienes puedan afectarlos. No hay que olvidar que a la CLICAC, con nivel de confianza en el sistema, (previa orden judicial), las empresas que solicitan la verificación y las que colaboran con la investigación, entregan un detalle de sus ventas, costos de operaciones, inversión en publicidad, márgenes de ganancias por producto, estrategias de mercadeo y comercialización, o en el cumplimiento, precios ofertados, lista de clientes (incluso los principales), descuentos ofrecidos, listas de proveedores, obligaciones financieras, entre otras.
- Por lo que la Ley panameña protege tales informaciones, negando su acceso, e impidiendo que la entidad administrativa de manera subjetiva decida a qué le brinda el carácter de confidencial o a cuál se lo niega. La tarea y competencia para determinar y diferenciar entre lo confidencial y lo no confidencial en la Ley 29 de 1996 se la otorga al Organo Judicial de manera privativa.

En este ámbito de aplicación para la Ley 29 de 1996 es tan importante la participación y confidencialidad de los agentes económicos que piden que les sea verificada previamente una concentración económica, como la posición y confidencialidad de las informaciones de los restantes agentes económicos que brindan información a la CLICAC para que lleve a cabo sus funciones en pro del mercado y de la sociedad en general dentro de la cual destacan los consumidores de la República de Panamá.

Para la Ley 29 de 1996, no puede darse una situación de discriminación entre los agentes económicos que accionan el procedimiento de verificación previa ante la CLICAC invocando la protección de sus informaciones a través del mecanismo de confidencialidad siendo partes interesadas, (CBP frente a BAVARIA y viceversa tal como se observa en el expediente del presente trámite que solicitaron ambas empresas) y las informaciones

suministradas mediante orden judicial por los agentes económicos que colaboran con la investigación.

No se puede pretender alegar que las informaciones restantes de otros agentes económicos son menos confidenciales, ya que el instrumento de la verificación previa puede incluso utilizarse para hacerse de información sensible de otros agentes económicos, que como hemos dicho puede significar incluso la quiebra de tales agentes económicos que colaboran o se ven compelidos a colaborar con la CLICAC en sus investigaciones, al hacerse de estas informaciones quienes puedan darle uso, al grado que tal uso ponga en posición peligrosa o desventaja competitiva a quienes la suministran, derivado ello directamente de lo sensitiva y valiosas que son para tales empresas las informaciones suministradas que muchas veces son igualmente informaciones, de costos, ventas, inversión publicitaria, márgenes de ganancias por producto y marca, proyecciones y estrategias de comercialización y penetración de mercado, entre otras.

Tan importante es para la CLICAC la información de las partes que solicitan confidencialidad de cada uno de sus datos e incluso de los escritos que presentan ante la CLICAC, como de los agentes económicos que acuden a la CLICAC a brindarnos su información de manera incluso temerosa por los resultados que ello pueda acarrear para sus empresas, pero en cumplimiento del deber legal de proporcionarnos lo solicitado, dado que media autorización judicial para requerirles la información en cuestión.

La confidencialidad de las informaciones obtenidas por la CLICAC en sus investigaciones es incluso reiterada por la Ley 6 de 2000 en su artículo 14 numeral 4, en la cual le da el carácter de acceso restringido por 10 años a estas informaciones y, al definir carácter restringido señala que es aquella información “en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública, cuya divulgación haya sido circunscrita únicamente a los funcionarios que la deban conocer en razón de sus atribuciones, de acuerdo con la ley.”

Reiteramos que la Ley 29 solamente le provee competencia al Órgano Judicial (no a la CLICAC) para tomar la decisión de dar a conocer información considerada por Ley como confidencial. En otras palabras, las informaciones confidenciales están destinadas al conocimiento y uso de la CLICAC, pero no para el conocimiento de terceros que no son titulares de dichas informaciones si previamente no existe autorización del último de manera expresa.

Vemos entonces que se confrontan el derecho de las empresas interesadas a conocer el fundamento de lo que en parte sirve para emitir un juicio, como de las empresas dueñas de la información a que se mantenga la confidencialidad de estas informaciones como lo ordena la Ley 29 de 1996, conferidas a la CLICAC en virtud de orden judicial o voluntariamente.

En este sentido claro es observar que ambos se encuentran en posición de defender derechos. No obstante, la Juez Octava de Circuito del Primer Circuito Judicial al resolver todas nuestras peticiones de autorización de prácticas de diligencias probatorias mediante los Autos No. 162 de 1 de marzo de 2002, Auto 788 de 2 de octubre de 2001, Auto 862 de 12 de octubre de 2001, Auto 909 de 31 de octubre de 2001, Auto 960 de 14 de noviembre de 2001, Auto 974 de 21 de noviembre de 2001, Auto 1032 de 13 de diciembre de 2001, todos emitidos por la Juez Octava del Primer Circuito de lo Civil, del Primer Distrito Judicial de Panamá, señaló que se concedían y que la información que se obtenía tenía que ser utilizada en términos de la confidencialidad del artículo 111 de la Ley 29 de 1996.

De hecho, en el Auto No. 162 de 1 de marzo de 2002 emitido por la Juez Octava del Primer Circuito de lo Civil **con motivo de nuestra petición** de auto exhibir (para su utilización en el presente expediente de la concentración económica) la información del mercado de la cerveza con la cual contamos en nuestras oficinas producto de la investigación que la CLICAC ha realizado de este mercado, obtenida con ocasión de la denuncia de prácticas monopolísticas relativas en contra de la CNSA (hoy parte del grupo Bavaria) mediante autorizaciones judiciales previas en términos de confidencialidad

de las informaciones que se obtuviesen, señala lo siguiente:

“ La CLICAC como ente administrativo estatal creado por ley con funciones específicas, entre ellas, la de investigar las prácticas restrictivas de la competencia, está obligado a guardar la confidencialidad de la información que repose en sus archivos. Esta confidencialidad debe ser entendida con respecto a terceros, no en torno a la propia peticionaria⁴, en otras palabras, el uso que la CLICAC le de a la información que tenga en sus archivos deberá hacerse con reserva, mesura y cautela frente a terceros, no significa que no pueda hacer uso de la información siempre que la necesite. Es clara la norma ut supra⁵ al señalar que las informaciones que reciba la CLICAC en el ejercicio de sus funciones no podrán ser divulgadas sin la autorización expresa de aquellas personas que hayan suministrado tal información o documentación. Y es que la norma citada concentra la confidencialidad dentro de los parámetros de no divulgar la información sin la autorización expresa de aquellas personas que se la han suministrado, es decir, que la única limitante que encuentra la CLICAC para hacer uso de la información, entendiéndose divulgación, es requerir de la autorización de las personas suministradoras de la información, entendiéndose DIVULGACION, es requerir de la autorización de las personas suministradoras de la información. El manejo de la información confidencial en ejercicio de sus funciones es responsabilidad de la peticionaria, incluso es responsable del uso que le de a la misma a manera interna dentro de la institución. El cuidado con el cual maneje dicha información le compete a la tal entidad administrativa sin que el Tribunal tenga que intervenir en ello.”

Así mismo, al resolver nuestra petición de autorización para utilizar las documentaciones en alguno de los cuales se encontraban los testimonios recibidos por empresas líderes del país en la fabricación de jugos, refrescos, gaseosas, leche, maltas, licores, así como a empresas de distribución de licores y cervezas importadas, se reitera que ésta se utiliza en términos de confidencialidad, señalando el alcance de la palabra divulgar del artículo 111 de la Ley 29 de 1996 significa dar a conocer la información de una persona sin permiso de su dueño. En otras palabras, no se puede revelar los datos recibidos en la CLICAC.

Dicha utilización fue concedida por la Juez Octava como un procedimiento normal, al señalarse que el uso de la información que reposa en la CLICAC puede ser utilizada y que incluso la CLICAC no requiere autorización, pero con la salvedad de que se respetase la confidencialidad. Este fue el marco legal y de autorización trazado por un tribunal competente y el único que puede la CLICAC seguir porque lo contrario implica incurrir en desacato frente a la orden de la Juez Octava.

⁴ CLICAC.

⁵ Artículo 111 de la ley 29 de 1996.

Por otra parte, cuando la Ley es clara no admite interpretaciones que entren a suponer de manera que más convenga a quien repase su lectura.

El artículo 111 de la Ley 29 de 1996 contiene una norma clara, sin grises que den lugar a interpretar más allá de lo que señala literalmente la misma norma. Este es el ángulo de interpretación que ordena incluso el Código Civil en su artículo 9 para entender como divulgar las informaciones obtenidas en términos de confidencialidad. En otras palabras, las informaciones que recibimos son en virtud de una orden judicial y mandato legal al cual tenemos que ceñirnos, y de la cual no podemos apartarnos para interpretar a conveniencia.

Puede que la ley existente en materia de confidencialidad sea difícil de implementar y hasta muy rigurosa pero es la ley que existe y con la que se debe administrar sin entrar a tratar de determinar de manera subyacente que quiso decir el legislador, porque ese mecanismo subjetivo es arbitrario, contrario al principio de la legalidad, a las normas de interpretación del Código Civil, que además supondría el ejercicio de la labor de legislar que tampoco le compete a la CLICAC. Esta Comisión solo tiene facultades para cumplir, no para decidir qué parte de la ley cumple y cuál puede matizar. La normativa de confidencialidad en la ley panameña es estricta e incluso diferente a otras de carácter similar, sobre todo porque en otros países si se ha desarrollado como al respecto debe actuar la agencia de competencia para entrar a diferenciar entre lo confidencial y lo no confidencial cuando recibe un documento.

La finalidad de contar con una normativa de la naturaleza que expone el artículo 111 de la Ley 29 de 1996 protege a toda información de todo agente económico y serán en todo caso las cortes quienes al entrar a evaluar la decisión de la CLICAC podrán ponderar si la CLICAC para emitir su concepto se basó en elementos corroborables en los expedientes que manejó para tal finalidad, en base al control de la legalidad sobre el acto administrativo que al respecto se emita, y podrá incluso declarar la apertura de dicha confidencialidad de acuerdo al artículo 176 numeral 6 de la referida

ley.

Dicho artículo señala textualmente que sólo pueden ordenar la apertura de documentos confidenciales los tribunales, con lo cual se confirma que evidentemente la CLICAC no puede entrar a matizar y a determinar que estima de lo que recibe que es confidencial y que no, ya que ello no es nuestra competencia, sino del Organo Judicial.

Que frente al recurso de reconsideración presentado por CBP, la Comisión advierte que en apartado “PREAMBULO” se indica que dicho escrito es un complemento del presentado en la misma fecha por BAVARIA, S.A., no obstante, **la Comisión pasa a resolverlo de manera separada, toda vez que CBP en la parte final del libelo solicitan a esta Institución que el escrito se mantenga en cuadernillo separado y se le de tratamiento de confidencial que establece el artículo 111 de la Ley 29 de 1996 y el artículo 70 de la Ley 38 del 2000.**

De la atenta lectura del recurso presentado por CBP se desprende que la disconformidad del recurrente con la resolución N°PC-139-02 del 10 de mayo del 2002, se fundamenta, sustancialmente, en dos aspectos. Veamos:

3. En cuanto a la situación financiera de CBP

El primer punto en controversia se circunscribe al incorrecto análisis de los estados financieros de CBP que efectuó la Comisión, derivados de los argumentos que se señalan ut supra en el resumen de argumentos de este recurso. **Sin embargo, a lo largo de texto de la argumentación vemos que el recurrente está de acuerdo con la conclusión a la que al final arriba la Comisión, en el sentido de NO considerar que a la CBP se le puede aplicar [REDACTED] de la Ley de Competencia Panameña.**

El recurrente señala en sus propias palabras lo siguiente:

“
[REDACTED]

[REDACTED] (fojas 2705 y 2722).”

(Las negrillas son de la Comisión)

Como bien apunta el recurrente, la CBP en ningún momento alegó [REDACTED], sin embargo la Comisión en aras de buscar la mayor equidad y analizar todas las posibles alternativas de los solicitantes, examinó la situación financiera de CBP a fin de determinar [REDACTED]. No obstante, como se ha establecido en la resolución recurrida, la CBP no se encuentra en esta situación.

Ahora bien, al margen de lo establecido por la Comisión en la resolución N°PC-139-02, y lo admitido por el propio interesado, éste último indica que si bien la CBP [REDACTED], con lo que no es posible la aplicación [REDACTED], no están conformes con la conclusión del análisis de la situación financiera y las perspectivas de CBP que hizo la Comisión.

En este sentido debemos partir señalando que si el mismo recurrente señala que su situación financiera [REDACTED] como lo exige el artículo 19 de la Ley 29 para analizar la situación de esta empresa a la luz de este artículo, de partida [REDACTED] de la aplicación del artículo 19 de la Ley 29 de 1996.

Por otra parte esta empresa señala que en todo [REDACTED] [REDACTED] (cfr. foja 2878). En consecuencia, se aprecia que la misma empresa CBP, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], por lo que, poco puede realizar la CLICAC derivado de las argumentaciones presentadas, si la misma empresa declara que [REDACTED]. Para efectos de ponderarse la gravedad, es necesario que la salida del mercado sea al corto plazo o de manera inminente, dada sus opciones de pago e, incapacidad para reconvertirse entre otros elementos a ponderar.

Recordemos que este primer requisito es importante demostrarlo sin contradicciones expresas de la afecta, para continuar el análisis de la posibilidad de incluir a un agente económico en el artículo 19 de la Ley 29 de 1996. No obstante veamos los documentos que presenta la parte recurrente para efectos de observar si los mismos pueden variar las conclusiones de CLICAC en la resolución recurrida:

El recurrente sostiene que la CBP se encuentra actualmente, [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] ...”.

De la transcripción anterior colegimos que los recurrentes aceptan como buenos los resultados de los análisis financieros desarrollados por esta institución, ya que solamente discrepan con las conclusiones resultantes de estas, [REDACTED]. Por lo tanto nos referiremos, en primer lugar, a la génesis de las fuentes de información y documentaciones que se tomaron como base de cálculos y que claramente se detallan a foja 2609.

La CLICAC tomó como base de sus análisis los Estados Financieros Consolidados y Auditados de CBP como un todo; considerando que como su dictamen indica, presentan razonablemente, en todos los aspectos importantes, la situación financiera consolidada. Por ende no habiendo encontrado revelación en contrario, no encontró bases para suponer ningún cambio dramático en sus operaciones.

- ◆ Los recurrentes no han aportado evidencia en relación a un Plan detallado de Recuperación Financiera, de Gestión Operativa o algún otro documento que le indique a la CLICAC sobre los esfuerzos realizados y desempeños con el objeto de [REDACTED]. Para la CLICAC, esto hubiese sido un indicativo [REDACTED], ya que trataría [REDACTED] con miras a encontrar una solución.

Este esquema de recuperación hubiera brindado una mirada al menos a la forma como estarían afrontando estos [REDACTED].

- ◆ En diversas secciones del escrito aludido se asevera que debido a [REDACTED] (a reverso de folio 2871). Por lo anterior señalado, puntualizamos que:

- ◆ [REDACTED]

- ◆ Con fecha 20 de mayo de 2002 la empresa Cervecería Barú - Panamá, S.A., a través de sus apoderados legales presenta escrito donde interpone Recurso de Reconsideración contra la resolución No.PC-139-02 de 10 de mayo de 2002. Con dicho documento aporta pruebas al expediente de dicho proceso, reverso de folio 2879 y cara de 2879:

- "3. Original de los estados financieros interinos al 31 de marzo de 2002 de CBP preparados por la empresa y suscritos por un contador público autorizado. Este documento reemplaza el aportado al expediente mediante carta recibida por la CLICAC el 13 de mayo de 2002.
4. Original del Informe y Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2001 de Coca Cola y subsidiarias de Price Waterhouse Coopers.
5. Cuadros Financieros preparados por Salomon Smith Barney con fecha 20 de mayo 2002."

Al límite inferior de dichos documentos aparecen las siguientes notas: "*Gerente de Finanzas*" y "*Jefa de Planificación y Control, C.P.A. 3715*" sin firmas a la vista. Las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs) (Centro de investigaciones del Instituto mexicano de Contadores Públicos, A.C. 1997, 638 pp); en su Prólogo, Pág. 32 y 33 señalan:

"(...) 6. La gerencia de tal empresa puede formular estados financieros para su propio uso, de diferentes maneras que se adapten mejor para sus fines de administración interna. Cuando los Estados Financieros se emitan para otras personas, tales como accionistas, acreedores, empleados, y para el público en general, deberán estar de conformidad con las Normas Internacionales de Contabilidad.

7. La responsabilidad de la preparación de los estados financieros y de la revelación adecuada, descansa en la gerencia de la empresa. La responsabilidad del auditor es formar su opinión y rendir un informe sobre los estados financieros".

De estas pruebas aportadas, señalamos que tales informes interinos no contienen, la Opinión, ni el Informe de un Contador Público Autorizado ya que indican claramente que no son auditados. Esto es importante para observar los análisis de la posición financiera y explicar a la CLICAC los cambios a los cuales alude esta empresa, sobre todo en momentos que se entregan estados financieros no auditados que contienen disparidades entre sí con tan sólo días de entrega a la CLICAC.

En la página inicial de dichos estados financieros aparecen firmas sobre las siguientes notas: "*Gerente de Finanzas*" y "*Jefa de Planificación y Control, C.P.A. 3715*". De la documentación arriba detallada deseamos resaltar que entre los Estados Financieros no auditados a marzo 31 de 2002, presentados

en mayo 13 y 20 de mayo hay marcadas [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED], lo que nos indica una seria
 [REDACTED] en dichas presentaciones.

- ◆ De los Cuadros Financieros preparados por Salomon Smith Barney, con fecha 20 de mayo 2002, como fuente del trabajo aparece la siguiente notación: "*Estados Financieros Auditados de Cervecería Barú-Panamá, S.A. y documentos de trabajo de Cervecería Barú-Panamá, S.A.*".

De los Cuadros Financieros preparados por Salomon Smith Barney, indicaremos:

Los recurrentes no han aportado información adicional tangible y por tanto verificable de los "documentos de trabajo" que indica la Fuente, v.g. [REDACTED]: Resultados financieros, periodo de doce meses terminado el 31 de marzo de 2002; desglose de los gastos fijos y variables, utilizando datos financieros internos. Razones Financieras: Resultados financieros, periodo de doce meses terminado en marzo 31/01-02.

- ◆ Cabe puntualizar un posible error a foja 2872, donde dice "*la cobertura de gastos financieros (conocido como EBDITA / Gastos Financieros), que mide la capacidad de la empresa para cubrir sus pagos de intereses,* [REDACTED]". Aquí o está equivocado el período que según el cuadro sería a marzo del 2002, o el valor de las veces que sería aumentada a [REDACTED].
- ◆ Finalmente, el 17 de junio del año en curso, CBP entrega a la CLICAC Informe IN-T para el trimestre que terminó el 31 de marzo de 2002, así como estados financieros no auditados al 31 de marzo de 2002. Lo anterior, dado que la CLICAC había solicitado información financiera a la Comisión Nacional de Valores. Sin embargo, y por transparencia de la actuación de la CLICAC, que la información financiera solicitada a la

CNV, solamente fue utilizada por esta Comisión en atención a que estaba auditada.

Así vemos que la información IN-T se basa en los estados financieros no auditados, por lo que sobre los mismos la CLICAC carece de certeza sobre sus datos. Dichos estados financieros presentados a la CLICAC a su vez tampoco estaban auditados y por tanto, no son objeto de análisis para su reconsideración.

La CLICAC desea señalar que toda información que le sea presentada basada en documentación debidamente firmada y auditada. En este sentido y para efectos de la Comisión se reiteran las conclusiones vertidas por la Institución acerca de la posición financiera de la CBP respecto a sus niveles de apalancamiento, razón pasivo/capital, razón deuda/patrimonio, porcentaje de activo de la empresa libre de obligaciones, niveles de liquidez, aun cuando se admitió en otros renglones una baja rentabilidad, ya que ello es lo que está en el expediente derivados estados financieros debidamente auditados. El interesado no desvirtuó esto con la presentación de estados financieros posteriores igualmente auditados que creen certeza a la Comisión.

Sobre este punto deseamos advertir lo siguiente: Las Normas Internacionales de Auditoría (NIAS), emitidas por el Comité Internacional de Prácticas de Auditoría, (Instituto mexicano de Contadores Públicos, A.C. 1995, 484 pp); en su Norma 23, pág. 202 y ss. declara que: "El propósito de esta Norma Internacional de Auditoría (NIA) es establecer normas y proporcionar lineamientos sobre las responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros respecto de la propiedad del supuesto de negocio en marcha como una base para la preparación de los estados financieros.

Al planear y desempeñar los procedimientos de auditoría y al evaluar los resultados consecuentes, el auditor debería considerar la propiedad del supuesto negocio en marcha que subyace a la preparación de los estados financieros. El dictamen del auditor ayuda a establecer la credibilidad de los

estados financieros. Sin embargo, el dictamen del auditor no es una garantía sobre la futura viabilidad de la entidad.

Las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) (Centro de investigaciones del Instituto mexicano de Contadores Públicos, A.C. 1997, 638 pp); en su párrafo N° 23 del prefacio determina "NEGOCIO EN MARCHA. Los estados financieros se preparan normalmente sobre la base de que una empresa es un negocio en marcha, y que por lo tanto continuará en operación en el futuro próximo.

Así mismo se asume que la empresa no tiene la intención ni la necesidad de ser liquidada o de reducir de manera importante su nivel operativo; en caso de que dicha intención o necesidad existiere, los estados financieros deberán ser preparados sobre una base distinta, la cual deberá ser revelada". (El subrayado es de la Comisión).

Igualmente, la importancia del principio negocio en marcha se determina según las organizaciones internacionales desde un inicio, ya que la norma internacional de contabilidad N° 1, REVELACIÓN DE POLÍTICAS CONTABLES, (enero 1975; reformada en enero de 1995) la toma muy en consideración e indica:

Los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (Centro de investigaciones del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., 1997); en su párrafo N° 43, del Boletín A-1, ESQUEMA DE LA TEORÍA BÁSICA DE LA CONTABILIDAD FINANCIERA, conceptúa: "Negocio en marcha – La entidad se presume en existencia permanente, salvo especificación en contrario; por lo que las cifras de sus estados financieros representan valores históricos, o modificaciones de ellos, sistemáticamente. Cuando las cifras representen valores estimados de liquidación, esto deberá especificarse claramente y solamente serán aceptables para información general cuando la entidad esté en liquidación". (El subrayado es de la Comisión).

También indica este aludido boletín:

“Principios.

Los principios de contabilidad son conceptos básicos que establecen la delimitación e identificación del ente económico, las bases de cuantificación de las operaciones y la presentación de la información financiera cuantitativa por medio de los estados financieros.

Los principios de contabilidad que establecen la base para cuantificar las operaciones del ente económico y su presentación, son: el valor histórico original, el negocio en marcha y la dualidad económica. El principio que se refiere a la información es el de: revelación suficiente. Los principios que abarcan las clasificaciones anteriores como requisitos generales del sistema son: importancia relativa y consistencia”. (El subrayado es de la Comisión)

En Panamá, La Comisión Nacional de Valores, mediante Opinión No. 8 de 18 de diciembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial No. 24,469 de 14 de enero de 2002, expresó su posición respecto a la utilización de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) en la preparación de los Estados Financieros presentados por los sujetos regulados al tenor del Decreto Ley 1 de 1999; en el sentido de que lo establecido en el Acuerdo 2 de 28 de febrero de 2000 referente a la presentación de Estados Financieros de acuerdo a las Normas Internacionales de Contabilidad (NICS), sigue en plena vigencia y aplicación.

Por ello para la CLICAC es importante contar con estados financieros auditados y firmados adecuadamente.

En atención a las anteriores razones, no se observa en el expediente información válida que haga variar nuestra opinión con respecto a las conclusiones de la situación financiera de la CBP, a las cuales arribó la CLICAC en la resolución impugnada. Por consiguiente, consideramos que no es dable reconsiderar en base a los argumentos presentados por la recurrente sobre el tema de la calificación financiera de esta empresa realizada por la Comisión, quien por demás reconoce [REDACTED] tal como lo señaló la CLICAC en la resolución impugnada

4. En cuanto a las propuestas recibidas

El segundo aspecto de la resolución que inquieta al recurrente es el que ellos intitulan “SUPUESTA OFERTA DE ADQUISIÓN DE CERVECERÍAS BARÚ PANAMA, S.A.”. Sobre este punto la Comisión antes de detenerse a examinar los argumentos, considera oportuno realizar algunas precisiones.

En primer término, y tal como se enfatizó en el punto anterior, la CBP en ningún momento ha alegado [REDACTED] que consagra el tercer párrafo del artículo 19 de la Ley de Competencia panameña.

Es en esta disposición en la cual se permite, vía excepción, la concentración de dos agentes económicos competidores que no cumplan con los requisitos preestablecidos en la Ley. Sin embargo para que proceda [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

Sobre este particular se resalta que Bavaria es competidor directo de la CBP, por lo que reiteramos lo señalado en la resolución impugnada, [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED].

Ante esta coyuntura, y entendiendo perfectamente la Comisión que la CBP en ningún momento alegó [REDACTED], consideró oportuno realizar una encuesta a nivel de las más importantes cerveceras internacionales, a fin de determinar cuál era la percepción en materia de compra de éstas en el mercado panameño.

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

[REDACTED]
[REDACTED]

Es importante aclarar, que la Comisión en ningún momento ha dudado de la [REDACTED] de la afirmación presentada por el representante legal de la CBP, en la que se asegura que [REDACTED]. La intención de la Comisión al comunicarse con cerveceras internacionales, fue la de examinar más profundamente la situación del mercado cervecero panameño, pues la Comisión tiene un deber de investigación sobre la materia, y no puede plegarse exclusivamente a los documentos presentados por los solicitantes.

Sobre este tema, y tal como se precisó en la resolución recurrida, la Comisión recibió una correspondencia de una de las cerveceras más grandes del mundo, en la que indica que está "...buscando y evaluando oportunidades de inversión en Centroamérica y que realizó en diciembre del 2000 una oferta por el 100% de las acciones y por lo menos el 51% de la CBP cuya titular es la misma Coca Cola de Panamá, S.A., y de cuya propuesta no recibió respuesta favorable...".

Con respecto a esta carta el recurrente advierte que la Comisión consideró equivocadamente que esta propuesta era una oferta, y aunque en ningún momento la Comisión menciona el nombre de la cervecera aludida, asumen que se trata de la [REDACTED] y sobre este tema indican:

"[REDACTED]

[REDACTED]

c) [REDACTED]
[REDACTED]"

Con referencia a los puntos aludidos por el recurrente, el Pleno de la Comisión considera que existen varios aspectos a observar. Primeramente, reiteramos que la Comisión en virtud del artículo 111 de la Ley 29 de 1996 y el artículo 70 de la Ley 38 del 2000, tiene un deber de confidencialidad sobre la documentación aportada tanto por las partes como por terceros, máxime cuando la correspondencia señala que la información es “estrictamente confidencial”. Por esta razón, la Comisión no puede revelar el contenido de la documentación aportada al expediente, la cual fue debidamente autenticada y traducida al idioma español por traductor público autorizado.

En segundo término, y en cuanto al punto (a) de la reseña citada, en la que se indica que el documento de [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], la Comisión advierte que a fojas 2703 del expediente dejó claro y precisó el alcance que ésta le dio a la correspondencia cuando indicó:

“Hacemos énfasis que la CLICAC ve esta posibilidad sólo como una opción, no como una garantía de compra, pero precisamente en explorar opciones, con resultados negativos, es lo que hubiera dado lugar a considerar, en caso de insolvencia comprobada, y la suspensión de pagos a acreedores, e imposibilidad de reestructuración financiera, que efectivamente de la única posibilidad para evitar la salida de los activos productivos de CBP es su compra por parte de la empresa Bavaria”

Tal como se desprende de la cita anterior, la Comisión en ningún momento le dio el carácter de oferta definitiva o garantía de compra a las expresiones vertidas por la cervecera internacional, sino que la consideró como un ejemplo de la gestión que debió realizar la CBP si quería considerar o dejar entrever que existía una posibilidad de excepción de [REDACTED], que repetimos no alegaron y aún no alegan.

Con este llamado, la Comisión pretende que los agentes económicos que acuden a nuestra entidad estén para el futuro mayormente claros sobre [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

Con respecto a los puntos (b) (c) de la cita antes transcrita, la Comisión considera que una vez aclarado en los párrafos precedentes cuál era la intención de la Comisión con traer el tema de las posibles ofertas internacionales, no es necesario contra argumentar los mismos, pues una vez más enfatizamos que ni la CBP en su escrito de solicitud original ni en la reconsideración están alegando [REDACTED] que es la que daría paso a examinar con mayor detenimiento cada uno de los supuestos planteados en la cita.

En virtud de lo antes expuesto, **el Pleno de la Comisión,**

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR el recurso de reconsideración presentado por la firma Arias, Fábrega y Fábrega en representación de la empresa Cervecería Barú Panamá, S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la resolución N°PC-139-02 del 10 de mayo del 2002, mediante la cual se **NIEGA** el concepto favorable a la concentración económica cuya verificación previa solicitaron a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), las empresas Cervecería Barú-Panamá, S.A. y subsidiarias y el Grupo Bavaria, S.A. que recientemente adquirió la empresa Cervecería Nacional, S.A. y subsidiarias.

TERCERO: Poner en conocimiento a las partes que con esta resolución queda agotada la vía gubernativa.

CUARTO: Ordenar el archivo del expediente.

Con la presente resolución se agota la vía gubernativa.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25, 103, 104 de la Ley 29 de 1996, Artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto Ejecutivo No. 31 de 3 de septiembre de 1998 y, Guía para el Control de las Concentraciones Económicas aprobada por Resolución No. PC- 172- 01 de 24 de septiembre de 2001 y publicada en G.O. 24, 413 de 19 de octubre de 2001, y artículo 168 y sgts. de la Ley 38 de 2000.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

RENE LUCIANI L.
Comisionado

GUSTAVO PAREDES M.
Comisionado

CESAR CONSTANTINO
Comisionado

ANTONIO GORDON
Director General Encargado en
funciones de Secretario.