ENTRADA No.102-S.A.-2003
PROCESO POR PRACTICAS MONOPOLISTICAS ABSOLUTAS PROPUESTO POR LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), COMO TERCERO COADYUVANTE LA UNION NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPUBLICA DE PANAMA (U.N.C.U.R.E.P.A.) EN CONTRA DE GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS DE PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A., ORO DEL NORTE, S.A., LA ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA, S.A. Y BIENVENIDO SAUCEDO RODRIGUEZ.
MAGISTRADO PONENTE: LUIS A. CAMARGO
SENTENCIA APELADA

TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA. Panamá, veintiocho (28) de junio de dos mil cuatro (2004).

V I S T O S:

Ha ingresado a este despacho jurisdiccional, en grado de apelación, el presente expediente contentivo del **PROCESO POR PRACTICAS MONOPOLISTICAS ABSOLUTAS PROPUESTO POR LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor), COMO TERCEROS COADYUVANTES LA UNION NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPUBLICA DE PANAMA (U.N.C.U.R.E.P.A.) EN CONTRA DE GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS DE PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A., ORO DEL NORTE, S.A., LA ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA, S.A. Y BIENVENIDO SAUCEDO RODRIGUEZ.**

Mediante la sentencia No.64 del 30 de septiembre de 2003, dictada por el Juzgado Octavo de Circuito, Ramo Civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá, se resolvió la primera instancia, pero dicha resolución fue impugnada mediante recurso de apelación anunciado por los apoderados judiciales de la parte demandante (fs.4916), el tercero coadyuvante (fs.4919) y las sociedades demandadas Oro del Norte, S.A., (fs.4982), Gold Mills de Panamá, S.A. (fs.4983), Harinas del Istmo, S.A. (fs.4984), Harinas Panamás, S.A. (fs.4994) y la Asociación Nacional de Molinos de Trigo, S.A. (fs.4920) al momento de ser notificados del fallo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1137 del Código Judicial las partes apelantes sustentaron su recurso en el Juzgado de conocimiento primario en tiempo oportuno, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (fs.4931-4934); U.N.C.U.R.E.P.A. (fs.4945-4958), Asociación Nacional de Molinos de Trigo (fs.4959-4963), Harinas Gold Mills de Pa namá, S.A. (fs.4999-5008), Oro del Norte (fs.5009-5047),

Harinas del Istmo, S.A. (fs.5048-5066) y Harinas Panamá, S.A. (fs.5067-5078).

Igualmente las partes presentaron alegatos de oposición a los recursos impetrados, a saber; en contra de la apelación de Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, las sociedades Oro del Norte, S.A. (fs.4967-4977), Gold Mills de Panamá, S.A. (fs.4978-4979), Harinas Panamá, S.A. (fs.4985-4993), Harinas del Istmo, S.A. (fs.4995-4998); en contra del recurso de apelación presentado por U.N.C.U.R.E.P.A., se opusieron, Oro del Norte, S.A. (fs.4972-4977), Gold Mills de Panamá, S.A. (fs.4980-4981) y Harinas Panamá, S.A. (fs.4985-4993).

Por su parte la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor presentó alegatos de oposición en contra de los recursos de apelación presentados por la Asociación Nacional de Molinos de Trigo, S.A. (fs.4964-4966); Gold Mills de Panamá, S.A. (fs.5079-5086); Oro del Norte, S.A. (fs.5087-5101); Harinas Panamá, S.A. (fs.5103-5107)y Harinas del Istmo, S.A. (fs.5109-5118).

Los medios de impugnación fueron concedidos por la juez a-quo en el efecto SUSPENSIVO, tal y como se aprecia en la providencia de fecha 25 de noviembre de 2003, que reposa a foja 5120 del infolio, todo lo cual motivó que el presente expediente ingresara a esta Superioridad.

SANEAMIENTO

En virtud a lo preceptuado en el articulo 1151 del Código Judicial, es deber del Tribunal de segunda instancia, decretar el saneamiento de aquellas actuaciones realizadas por el juzgador de primera instancia que puedan implicar contravenciones a la normativa procesal y que tengan el efecto de causar nulidades procesales.

En lo que respecta al presente proceso, no se advierten actividades procesales de la juzgadora de la actuación primaria o de las partes que den lugar a la activación de esta figura.

Observa esta Magistratura que se ha garantizado la oportuna defensa de las partes, no se han desconocido normas imperativas de competencia, se cumplió con el traslado de la demanda y se presentaron pruebas en apoyo de la pretensión de la parte actora y defensa de la parte demandada, todo con apego a los parámetros establecidos por el principio procesal del contradictorio.

Una vez surtida la fase del saneamiento, se remitió el expediente a este Despacho, a fin de emitir la decisión final, a lo que procederemos.

DECISIÓN DEL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA

La Sentencia No.64 del 30 de septiembre de 2003 (fs.4874-4915), proferida por la Juez Octava de Circuito, Ramo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá resolvió:

> 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 monopolisticas 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 periodo de noviembre de 1996 a septiembre de 1997.
> SEGUNDO: Que a tenor de lo dispuesto en los articulos 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 si y/o con la intervención de la ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA y BIENEVENIDO 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 ilicitas 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 PANANA, 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 con 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.

Posteriormente mediante Auto No.1042 del 3 de octubre de 2003 el Juzgado de primera instancia modificó la sentencia No.64 de 30 de septiembre de 2003 en lo que respecta al tema de las costas, incluyendo el parágrafo séptimo bajo el tenor siguiente:

> **SÉPTIMO:** QUE EXONERA A LAS SOCIEDADES **GOLD MILLS DE PANAMÁ, S.A., HARINAS PANAMÁ, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A. Y ORO DEL NORTE, S.A.**, DEL PAGO DE COSTAS, CONFORME A LO ESTATUIDO EN EL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO JUDICIAL, HABIDA CUENTA QUE EN ESTE PROCESO SU CONTRAPARTE ES UNA ENTIDAD PÚBLICA DESCENTRALIZADA DEL ESTADO. LOS GASTOS SERÁN LIQUIDADOS POR SECRETARÍA.

En las consideraciones del Tribunal de primera instancia adoptadas como fundamento de la Resolución objeto del recurso de apelación, se señala que el debate procesal se reduce a tres puntos fundamentales, a saber: si las sociedades demandadas han incurrido en prácticas monopolísticas absolutas, de ser cierto lo relativo a los daños y perjuicios causados como resultados de dichas prácticas y la participación de la Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá, y el señor Bienvenido Saucedo en la comisión de las prácticas acusadas.

La sentencia apelada indica que de conformidad con los artículos 103, 68 y 27 de la Ley 29 de 1996 la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor está legitimada para demandar la existencia de prácticas monopolísticas e imponer las sanciones que la Ley establece, más no para reclamar la compensación que la Ley reconoce a favor de los consumidores afectados, igual a tres veces al valor del daño, todo lo cual hace que puedan surgir dos situaciones que se producen si en la

cadena de comercialización intermedia se han trasladado o no los costos que ocasionan dichas prácticas para el individuo y la sociedad, todo lo cual origina una costo derivado del beneficio monopólico para los infractores y un costo oficial para los consumidores.

Adiciona la sentencia de primera instancia que si bien la **U.N.C.U.R.E.P.A**, ha desempeñado el papel de coadyuvante de la parte demandante y apoya las pretensiones de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, no es ésta, sino los consumidores afectados o los otros afectados quienes tienen derecho a recibir una indemnización, previa a la acreditación del daño causado, cosa que no ha sido probada en el expediente, indicando de igual forma que no hay duda que las cuatro empresas harineras demandadas tienen la condición de proveedor que exige el numeral 1 del articulo 29 de la Ley 29 de 1996 y, que tampoco hay duda de la legitimación para ser parte en el proceso de la **Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá** y el señor **Bienvenido Saucedo**, ya que conforme al articulo 2 de la misma Ley, la misma es aplicable a todos los agentes económicos.

Otro argumento que se plasma en la sentencia impugnada se refiere a la facultad de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** para recabar documentos, tomar testimonios y obtener otros elementos probatorios dentro de los limites de su competencia, respecto a lo cual se sostiene la posibilidad de que los funcionarios de la Comisión tengan la cualidad de peritos dentro del proceso, contrario a lo que sostienen las empresas demandadas; recalcando las atribuciones de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor para la realización de investigaciones para la debida aplicación de la Ley, en las cuales a juicio de la Juez a-quo se cumplieron todos los requisitos que dotan de licitud a dichas pruebas.

En lo referente a la posible comisión de prácticas monopolisticas

por parte de la industria harinera se establece en la sentencia, que el artículo 5 de la Ley 29 de 1996, prohibe cualquier acto, contrato o práctica contrario a la libre competencia económica y la libre concurrencia y el carácter ilícito de las prácticas monopolísticas absolutas está establecido en el artículo 10 de la misma Ley, mientras que en el artículo 11 se describen las diferentes conductas que encuadran tales prácticas cuyos objetos o efectos están consignados en los cuatro numerales de la norma señalada. En ese mismo sentido indica la juzgadora que a las conductas investigadas les es aplicable la Ley 29 de 1996, ya que la aplicación de la Ley es inmediata, esto es se aplica al presente y no tiene efecto retroactivo salvo que la propia Ley así lo disponga, por lo que el tenor de la Ley es claro cuando señala que sólo se aplicará a hechos o situaciones que se realicen u ocurran con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo que se analizaron en el caso en estudio los hechos, actuaciones y situaciones ocurridos a partir del mes de noviembre de 1996.

También se señala en la sentencia que en esta clase de procesos es muy común la prueba de presunciones, debido a la imposibilidad de encontrar pruebas directas, lo que obliga a recurrir a la llamada prueba de indicios y en el presente caso no existe una prueba directa de las prácticas que se acusan, es decir no hay un contrato o documento escrito en que las sociedades demandadas hayan dejado constancia de las obligaciones, derechos y compromisos acordados y el documento que consta en el expediente en esa dirección, data del año 1994, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996, no obstante, al hablar la Ley de combinaciones, arreglos o contratos, utilizando las disposiciones del Código Civil, encuadran dentro de tal situación los arreglos, aún cuando no lleguen ha ser constitutivos de contratos o convenios, lo mismo que las combinaciones, tanto en la concertación de prácticas como en la disposición de elementos para obtener un resultado anti-competitivo.

Por otro lado se señala en la sentencia, que las conductas

por parte de la industria harinera se establece en la sentencia, que el artículo 5 de la Ley 29 de 1996, prohibe cualquier acto, contrato o práctica contrario a la libre competencia económica y la libre concurrencia y el carácter ilícito de las prácticas monopolísticas absolutas está establecido en el artículo 10 de la misma Ley, mientras que en el artículo 11 se describen las diferentes conductas que encuadran tales prácticas cuyos objetos o efectos están consignados en los cuatro numerales de la norma señalada. En ese mismo sentido indica la juzgadora que a las conductas investigadas les es aplicable la Ley 29 de 1996, ya que la aplicación de la Ley es inmediata, esto es se aplica al presente y no tiene efecto retroactivo salvo que la propia Ley así lo disponga, por lo que el tenor de la Ley es claro cuando señala que sólo se aplicará a hechos o situaciones que se realicen u ocurran con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo que se analizaron en el caso en estudio los hechos, actuaciones y situaciones ocurridos a partir del mes de noviembre de 1996.

También se señala en la sentencia que en esta clase de procesos es muy común la prueba de presunciones, debido a la imposibilidad de encontrar pruebas directas, lo que obliga a recurrir a la llamada prueba de indicios y en el presente caso no existe una prueba directa de las prácticas que se acusan, es decir no hay un contrato o documento escrito en que las sociedades demandadas hayan dejado constancia de las obligaciones, derechos y compromisos acordados y el documento que consta en el expediente en esa dirección, data del año 1994, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996, no obstante, al hablar la Ley de combinaciones, arreglos o contratos, utilizando las disposiciones del Código Civil, encuadran dentro de tal situación los arreglos, aún cuando no lleguen ha ser constitutivos de contratos o convenios, lo mismo que las combinaciones, tanto en la concertación de prácticas como en la disposición de elementos para obtener un resultado anti-competitivo.

Por otro lado se señala en la sentencia, que las conductas

contrarias a la libre competencia deben ser realizadas entre agentes económicos que sean competidores, por tener un carácter horizontal, por lo que concluye que el material probatorio aportado al proceso, demuestra que el mercado pertinente es el de las harinas derivadas del trigo y el mercado geográfico es la República de Panamá y se ha comprobado que las cuatro empresas demandadas son las únicas fabricantes de harinas en nuestro pais y el mercado nacional es compartido con algunos niveles de importación, que por sus efectos resultan insignificantes. Agrega la sentencia, que la estructura del mercado analizado es oligopólica por el reducido número de vendedores del producto, donde los actores son interdependientes, ya que son conscientes de que cualquier cambio en la calidad y precio de los productos o en estrategias publicitarias desencadenan una reacción de los competidores.

El mercado de la industria harinera, dicta la sentencia, se caracteriza por una gran interdependencia entre las empresas, por lo que no existe un solo modelo económico que permita explicar todo lo referente a su comportamiento, si bien queda claro que el producto de harina de trigo no tiene un sustituto perfecto y existen barreras de entrada al mercado.

Se indica en el fallo impugnado que producto de las piezas que obran en el expediente, se percibe una colusión del tipo de cartel y que las probanzas dan cuenta de la estrecha colaboración de actuación colusiva de las empresas demandadas durante todo el proceso de importación, redistribución, fijación de precios y vigilancia de dicho comportamiento, adicionando que las pruebas periciales practicadas evidencian una fluctuación en los precios, que siempre mantiene los mismos márgenes de diferencia con escasa fluctuación, ante las condiciones de la demanda y los costos de la materia prima.

También consigna la sentencia que las conductas alegadas como

independientes por las sociedades demandadas derivan de diferentes factores, tales como la existencia de barreras de entrada, el número de empresas involucradas y la tentación de los agentes de cometer fraude contra el acuerdo ya sea en el precio fijado, vendiendo más de la cantidad asignada u ofreciendo servicios adicionales, rebajas u otro tipo de comisiones en lugar de bajar el precio. Igualmente este tipo de comportamiento de mercado produce incentivos para engañar a los otros participantes, venderle a algunos clientes a un precio por debajo de lo convenido produciendo inestabilidad en los convenios colusivos.

Finalmente se indica en la sentencia que la industria en estudio no se comporta de manera competitiva y que el abundante caudal probatorio aportado permite constatar, que los agentes económicos involucrados no hacen sus elecciones de estrategias en forma aislada, lo que se conoce como juego no cooperativo porque no hay posibilidad de cooperación normal o vinculo entre los operadores, por lo que ningún agente económico tiene incentivo para cambiar sus acciones si supone o está seguro de que sus oponentes también cambiarán las suyas, lo que permite concluir la existencia de prácticas monopolísticas absolutas.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Con excepción del señor **Bienvenido Saucedo Rodríguez**, todas las partes intervinientes en el proceso anunciaron y sustentaron recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, primeramente la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** sustenta su disconformidad con el fallo impugnado en lo referente al numeral 5 de la parte resolutiva, solicitando que sea revocado y en su lugar se condene a las sociedades demandadas 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, sobre la base de que en la demanda corregida se hizo solicitud en dicho sentido por lo cual constituye una de las pretensiones de la demanda.

En su alegato de sustentación la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor señala, que además de requerir un pronunciamiento judicial en el sentido de que se declarara a las cuatro empresas harineras como responsables por haber incurrido en prácticas monopolisticas absolutas, también se pretendía se les condenase al pago de la suma establecida en la demanda en concepto de daños y perjuicios causados sobre la base de los articulos 1, 142 y 68 de la Ley 29 de 1996 que señalan que su objetivo es erradicar las prácticas monopolísticas y otras restricciones, en el funcionamiento eficiente de los mercados para preservar el interés superior del consumidor, que la Comisión tiene como finalidad velar por los intereses de éstos por lo cual posee legitimación activa para intervenir en los procesos, en nombre de los consumidores y que la aplicación por parte de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor de una sanción pecuniaria por violación a la Ley, no es suficiente para restituir el daño causado a la economía en su totalidad.

La **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** señala que no peticiona condena de daños y perjuicios en su favor sino en nombre de los intereses de los consumidores que se vieron agraviados por el comportamiento ilegal de las demandadas, al ser un organismo estatal de protección y vigilancia del mercado y de las actuaciones de los agentes económicos en contra de los consumidores, por lo que esos pagos a la colectividad deben incorporarse al Tesoro Nacional.

Finalmente, señala el apoderado judicial de la Comisión que los ordenamientos actuales dificilmente consienten que el interés de la colectividad pueda ser tutelado de otro modo que no sea a través de la lesión de un derecho subjetivo, sin embargo la Ley 29 de 1996 constituye un avance en la evolución de tales conceptos, tutelando los intereses difusos o supra individuales, para poder responder a las condiciones y exigencias de la vida moderna, al consagrar la oportunidad de la tutela de dichos intereses proponiendo a la Comisión de Libre Competencia y

Asuntos del Consumidor, como la entidad estatal encargada de representar a la sociedad en general y a los consumidores en particular, siendo con ello la parte agraviada, a los propósitos del artículo 27 de dicha norma legal, por lo que le asiste el derecho a exigir la condena a los agentes económicos demandados, equivalente a tres veces el monto de los daños y perjuicios causados con el ilícito.

El Licdo. Giovani Fletcher, apoderado judicial de **U.N.C.U.R.E.P.A.**, en su condición de terceros adhesivos o coadyuvantes de la demandante, sustenta su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fs.4945-4958), señalando en su parte medular que el acto judicial de no imposición de indemnización por el daño causado al mercado y/o a los consumidores, se sustentó en el reconocimiento de las excepciones que presupuestaban la falta de legitimación de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** para exigir la satisfacción pecuniaria por causa del daño.

Agrega este recurrente que al resolver no conceder el derecho a recibir la indemnización, el fallo equivoca el papel que la Ley 29 de 1996 le asigna a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en la defensa de este tipo de prácticas ilícitas, indicando que el articulo 68 de dicha Ley le reconoce expresamente a la Comisión la legitimación procesal para iniciar como parte en defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, los procesos en la via jurisdiccional lo cual se complementa con el artículo 142 de la misma Ley, que visualiza la idea que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, debe ser entendida como uno de los entes jurídicos capaces de ejercer la pretensión, en las causas que contempla el texto legal.

La **U.N.C.U.R.E.P.A.** adiciona como disconformidad con la sentencia de primera instancia, que la legitimación otorgada por Ley a la Comisión

de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor para ejercer la pretensión, contempla en sí misma la potestad plena y suficiente para que pueda motivar el reconocimiento total de dichos derechos, elemento sustancial a todo proceso, por lo cual posee capacidad suficiente para incoar la demanda por prácticas monopolísticas absolutas, en pos de la defensa de los intereses superiores de los consumidores locales, constituyendo su pretensión la búsqueda de una sentencia de naturaleza declarativa y de condena, la primera en cuanto a la certeza de la ocurrencia de una situación jurídica o de un hecho de trascendencia para la colectividad, como resulta ser la violación de las normas sobre libre competencia y libre concurrencia, y de condena en virtud de tener la intención de provocar la imposición de sanciones indemnizatorias dimanantes del daño evidentemente provocado.

En ese mismo orden de ideas, se indica en la apelación que el Juzgado de primera instancia incurre en un error jurídico, debido a que la pretensión en este proceso era únicamente establecer declarativamente la realización de los hechos y la indemnización por los mismos, haciendo cita de un precedente jurisdiccional del Primer Tribunal Superior, señalando que la legitimación procesal otorgada por la Ley a la Comisión conlleva el ejercicio pleno de la legitimación en la causa, máxime cuando el dictamen del Juez a-quo excluye a la Comisión, reconociendo a las asociaciones de consumidores del goce de la legitimación necesaria para exigir la compensación por los daños ocasionados, volviendo a hacer cita de un precedente judicial emitido por este Tribunal Superior al respecto.

Adicionalmente señala la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, que el Juzgado a-quo expuso que la posibilidad de exigir compensación por el daño causado a raíz de las prácticas monopolísticas señaladas, le correspondía únicamente a las asociaciones de consumidores y que al haber actuado en calidad de terceros adhesivos para efectos del presente proceso, aquella expectativa no se había cumplido, lo cual considera un equívoco puesto

que su sola intervención en calidad de terceros adhesivos o coadyuvantes, la transforma en sujeto procesal activo en esta causa, ya que su interés fue colaborar con la entidad demandante, en la satisfacción de la pretensión promovida por aquella, acreditando procesalmente elementos relativos a su constitución, a fin de determinar la compensación por los daños causados al mercado de harina de trigo.

Finalmente, señala el recurrente que el monto del daño y perjuicio, al estar definido en la suma exigida en concepto de compensación económica al mercado consumidor por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, debió ser determinado por el Juzgado Octavo de Circuito, estableciendo lo que le debería tocar a cada uno de los consumidores anotados por el tercero adhesivo y en caso de imposibilidad de fijarlo, se debió promover la apertura de un proceso de liquidación de condena en abstracto, que hubiera ayudado a resolver los elementos requeridos para calcular la compensación pecuniaria y que el Juzgado de primera instancia cometió el yerro jurídico, de no resolver la entrega de la consignación de las costas judiciales impuestas por el Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, a la **Asociación Nacional de Molinos de Trigo de Panamá**, las cuales ya habían sido consignadas, sin necesidad de esperar el resultado de fondo del proceso, por lo que debe procederse a reformar parcialmente el texto o fondo de la sentencia.

El LICDO. GENEROSO GUERRA, apoderado judicial de la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO**, sustenta su apelación contra la sentencia de primera instancia (fs.4959-4963), señalando en su parte medular que la demanda corregida por la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y admitida por el Tribunal, en el hecho décimocuarto menciona a la Asociación Nacional de Molinos de Trigo, respecto a su participación en los hechos objeto del proceso, pero no como parte demandada y con posterioridad el Juzgado mediante Resolución de 3 de marzo de 1999, consideró que se debía hacer comparecer a la Asociación y

ser parte demandada en este proceso, a pesar de que no existe congruencia entre las pretensiones de la parte actora y los hechos que le imputan a su representada.

Adiciona este recurrente que en la audiencia preliminar celebrada por el Juzgado de primera instancia, la distribución de la carga probatoria, referente a la carga de la afirmación de los hechos, por el sólo hecho de que las partes demandadas aceptaron el contenido de los hechos tercero y cuarto de la demanda, le correspondía a la parte demandante y a la coadyuvante, probar las otras pretensiones, para lo que le atañe que se refiere a que la Asociación Nacional de Molinos de Trigo se utilizó como foro para el intercambio de información en relación a precios de ventas de cada una de ellas y a su participación en el mercado con el objeto de fijar, manipular, concertar o imponer precios de venta de la harina de trigo en el mercado panameño, además que durante todo el período probatorio la demandante y la coadyuvante no hicieron referencia ni esfuerzo alguno en demostrar y probar la responsabilidad y participación de su representado, en los hechos y supuestas prácticas ilegales que se le imputan a las demandadas.

De igual forma señala este recurrente, que su representada es una asociación sin fines de lucro que nació a la vida jurídica el 6 de enero de 1997, posterior a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996, con el objeto de proteger los intereses de sus asociados, por lo tanto su representada no es un agente económico, no es propietaria de molinos y de panificadoras, no se dedica a actividades comerciales o industriales, no realiza actividad alguna que pueda perjudicar al comprador de harina de trigo, no ayuda a la repartición de mercados ni a la fijación de precios y sobre todo, no ha efectuado ninguna actividad relacionada con la práctica monopolística para la concertación del precio de la harina de trigo, y tampoco ha participado en la división del mercado pertinente.

Este recurrente reitera en su alegato que no se ha demostrado su

participación en las actividades señaladas y por el contrario sí ha demostrado que ha existido una gran competencia entre todas las empresas harineras, en cuanto a la venta y distribución de la harina de trigo, y que no es un agente económico como lo ha señalado la propia Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor en el expediente, al igual que el señor Bienvenido Saucedo, de allí que las pretensiones con respecto a ellos tan sólo se limitan a que una vez constatada la falta por el Tribunal, no vuelvan a realizar estos actos o a participar en ellos y los que se realizaron contra la Ley no tienen validez.

Finaliza la Asociación Nacional de Molinos de Trigo, indicando que el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada sea revocada en lo que le afecta, puesto que nunca se utilizó como foro para el intercambio de información en relación a fijación de precios o participantes de mercado a efecto de restringir la competencia entre sus asociados, ni ha dado su aval para este tipo de conductas.

La sociedad **GOLD MILLS DE PANAMÁ, S.A.** a través de sus apoderados judiciales, Jesús Rosas y Asociados, sustenta su apelación (fs.4999-5008), señalando que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor no estaba legitimada para solicitar una condena por daños y perjuicios por no ser titular del derecho pretendido, ya que no podía reclamar una pretensión que no le concede la Ley y habérsele dado sería contrario a la Sección III, Capítulo I, del Título XVI del Libro IV del Código Civil, (Del Enriquecimiento sin Causa), ya que el demandante tiene que tener legitimación en la causa, es decir, ser titular del derecho pretendido.

Agrega la recurrente que la legitimidad para demandar daños y perjuicios nace del artículo 69 de la Ley 29 de 1996, incluido dentro del título de protección al consumidor y no en la forma en que lo pidió la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, que sin estar legitimada tampoco lo hacía en nombre de los consumidores ni era un

coadyuvante del principal y, de la misma forma la Asociación de Consumidores lo que hizo fue calcar la misma pretensión de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, ya que no propone su propia pretensión, sino que el fundamento, los hechos y consideraciones son los mismos que los de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, entra al proceso como un coadyuvante de ésta y no como un tercero y, esa cualidad le impide realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio.

De igual forma señalan los apoderados judiciales de **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, que no es posible que por la forma en que se han presentado las partes al proceso y donde se ha pedido una indemnización de daños y perjuicios, pueda terminar el proceso con una condena por prácticas monopolisticas, donde la propia sentencia resalta por los informes de los peritos del Tribunal, que no existe una colusión de precios y una repartición del mercado, insistiendo que la industria de la harina no es el producto final de esta comercialización, sino el pan.

Igualmente se señala en este alegato de sustentación, que no existió convicción de la juzgadora, al confesar en la sentencia la falta de plena prueba para condenar, recurriendo a suposiciones e inferencias subjetivas contrarias a las reglas de la sana crítica, que exige el análisis de las pruebas aportadas al proceso, que son la realidad lógica al proceso derivadas de los testimonios, los documentos, las inspecciones y las pruebas periciales, que acreditan que no hay colusión de precios, no hay un mercado cautivo ni una clientela cautiva y, no concluir erróneamente en el sentido de no darle credibilidad a los peritos del Tribunal.

Consigna también el recurrente, que la sentencia ignoró o pasó por alto los señalamientos respecto a las violaciones al debido proceso consagrado en el articulo 32 de la Constitución Nacional, referentes a las violaciones cometidas por los administrativos de la Comisión de

Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, ya que la práctica de aseguramiento de pruebas se debe ejecutar conforme a las normas del Código Judicial, por razón de que la Ley 29 no establece cómo debe practicarse, reseñando violaciones al artículo 107, en el escrito de petición de aseguramiento de bienes, la recepción de testimonios en violación al artículo 940 y 946 del Código Judicial y la práctica de allanamientos en contra de las formalidades que exigen los artículos 574, 576 y 580 del Código Judicial y, que el aseguramiento de pruebas presentado constaba en una copia de la actuación, por lo tanto no se trataba de un documento público que pudiera haber sido objeto de un reconocimiento público.

Finalmente señala la parte recurrente un listado de violaciones a la prueba judicial, indicando entre otras, violaciones al principio de la eficacia legal de la prueba, contradicción de la prueba, publicidad de la prueba, formalidad de la prueba, inmediación y apreciación de la prueba, concluyendo que la forma impropia como se recabó el caudal probatorio y teniendo en cuenta que en estos procesos se faculta a una de las partes para realizar prácticas de diligencias judiciales sin la presencia del juzgador, se debe reevaluar el mismo y hacerse un segundo examen del expediente y en consecuencia, emitirse un pronunciamiento absolviendo a **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, y a las otras empresas harineras de las pretensiones incoadas en esta demanda.

La firma ROSAS Y ROSAS en representación de la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, sustenta su apelación (fs.5009-5047), en contra de la sentencia de primera instancia solicitando se revoquen los puntos uno, dos, tres, cuatro y seis de la parte resolutiva, luego de lo cual hace una reseña de las pretensiones de la parte actora contenidas en la demanda y los hechos en que se fundamentaron dichas pretensiones, lo mismo hace citando la parte resolutiva de la sentencia y consignando como argumentos de su apelación, que en el presente proceso la parte actora no ha comprobado los hechos en que ha pretendido fundamentar sus

pretensiones conforme lo indica el articulo 784 del Código Judicial, como lo ha reconocido el propio Tribunal de instancia en la parte motiva de la sentencia (fs.4910), lo que motivó que el Juzgado se basara en la llamada "prueba de presunciones".-

Señala esta recurrente que conforme al articulo 781 del Código Judicial las pruebas deben apreciarse por el Juez, conforme a las reglas de la sana critica, imposición que no se ha cumplido en el presente caso al no haberse hecho una evaluación del mérito probatorio de cada elemento de prueba, omisión que resulta de enorme trascendencia y que constituye una clara deficiencia en la sentencia apelada, conforme lo que dispone el articulo 785 del Código Judicial, que aplicado al presente caso indica, que para que el Tribunal pueda presumir que hubo actuación colusiva entre las demandadas para evitar la competencia, fijar precios y repartirse el mercado, es preciso que estén plenamente comprobados los hechos respectivos y en el presente caso no se han cumplido ni siquiera en forma minima, por el contrario los informes periciales demuestran que no existe contrato entre las empresas demandadas con tal propósito, que los precios que cada una de ellas cobra son diferentes, que los volúmenes de producción y venta han variado y, que **Oro del Norte, S.A.** aumentó sustancialmente su capacidad de producción y que utiliza a plenitud esa capacidad.

Por otro lado, la sociedad **Oro del Norte, S.A.**, señala que los pocos elementos de juicio aportados por la parte actora, presentan gravísimas deficiencias de carácter legal, ya que en su caso particular las pruebas documentales recabadas en sus locales no fueron practicadas personalmente por los Comisionados de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, el allanamiento se produjo en la ciudad de Santiago, provincia de Veraguas, fuera de la circunscripción territorial en la cual tiene su competencia el Juzgado Octavo, del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, conforme lo dispone el articulo 141 de la Ley 29 de 1996 y muchas de las diligencias se realizaron sin la

presencia de los representantes legales de **Oro del Norte, S.A.**, por lo que tal prueba documental es jurídicamente inexistente por ser ilegal conforme al artículo 780 del Código Judicial.

De igual forma, el informe elaborado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** sobre los resultados de la investigación administrativa, carece de todo mérito probatorio y no se sabe qué persona o personas lo elaboraron y todo indica que es producto del análisis de documentos obtenidos en forma ilegal y seguramente elaborado por sus propios funcionarios, ya que las direcciones financieras, económica y legal son dependencias de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y, además no se trata de una prueba de informe o de diligencia pericial, porque no cumple con los presupuestos legales exigidos, aparte que fue elaborado por personas prejuiciadas que no son imparciales, que tienen interés en el resultado del pleito y que figuraron en la investigación administrativa, tal como es el caso del informe técnico suscrito por el señor Alfonso Gómez, referente a la capacidad ociosa de la industria harinera y que es contrario al dictamen que rindió el perito del Tribunal, y lo mismo alega referente a la inspección judicial a los depósitos de Oro del Norte, S.A., para determinar la capacidad total de almacenaje donde intervinieron los peritos Rigoberto De La Rosa López y Jorge Luis Rodriguez, por la parte actora y, el señor Bruno Linares por **Oro del Norte, S.A.**, ya que carecen de importancia para los fines de comprobar las supuestas prácticas monopolísticas.

Sigue manifestando la parte recurrente que la prueba de informe a la Contraloría General de la República, sobre las importaciones y exportaciones de trigo y harina para la elaboración del pan en el periodo comprendido entre 1994 y el año 2000, tampoco resulta conducente para comprobar las prácticas monopolísticas absolutas, especialmente en un período de libre mercado y libre competencia en un mundo globalizado en materia comercial, lo cual es un hecho notorio plasmado en el

Convenio de la Organización Mundial de Comercio, de la que es parte la República de Panamá e igualmente, los peritajes realizados por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** para determinar la fluctuación de precios y la supuesta distribución del mercado carecen de méritos probatorios, por haber sido confeccionados por servidores públicos, no imparciales y que intervinieron en la investigación administrativa que dio origen al presente proceso, el cual contrasta con los dictámenes de los ochos peritos de las demandadas y los dos peritos que fueron designados por el Tribunal.

A continuación dentro de su extenso alegato la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, hace referencia a las múltiples pruebas aportadas en su favor corroboradas por las pruebas del Juzgado de primera instancia, manifestando que con las mismas quedan desvirtuadas las presunciones que señala dicho Juzgado a saber las facturas de **Oro del Norte, S.A.** y que, constan los precios de la harina muy diferentes a los que cobraban el resto de las demandadas; el testimonio de Nedelka Anabel Tuñon, Camilo Mosquera Delgado, quienes desconocen la existencia de algún acuerdo entre las empresas harineras para no competir y dividirse el mercado, Vicente Moreno Rivera, dueño de un establecimiento comercial, quien declaró las razones por las cuales le compra la harina a Oro del Norte, S.A, que ésta en ninguna ocasión se ha negado a venderle el volumen que necesita y la libertad que tiene para escoger a que empresa le compra el producto; Denis Vargas, Calixto Vega, Tomás Jiménez, Rafael Virzi, Emilio Castillo Solís y Angel Carreiro, que rinden testimonio básicamente bajo los mismos parámetros referentes a las razones por las cuales escogen a quien comprarle el producto, las distintas empresas fabricantes que lo ofertan, la existencia de prohibiciones para adquirírselos a otras empresas y la existencia o no de acuerdos entre las empresas harineras para dividirse el mercado, fijar precios, asignarse cuotas de ventas o restringir la producción.

Con referencia a las pruebas periciales que obran en su favor la

recurrente se refiere a los dictámenes de los Licenciados Alberto Tile, Juan Pablo Crostón, ambos designados por **Gold Mills de Panamá, S.A.**, el de Juvenal Alcibiades Arosemena, designado por el Tribunal, el de los peritos Orlando Palma y Damián Alvarado, designados por **Harina Panamá, S.A.**, el de Elsa Guanti de Rodríguez y John Cletus Cheng, de la parte demandada, el del Licenciado Cristóbal Hidalgo, perito del Tribunal, Eugenio Torres y Carmen Aizpurua de Camarena, peritos de **Oro del Norte, S.A.**, el perito Juan Pablo Crostón, el de Bruno Linares y el del señor Pedro Sánchez, de todos los cuales la recurrente hace un extracto de sus conclusiones referentes a la no existencia de acuerdos entre las empresas demandadas, la diferencia en los precios que se ofertaron, los distintos volúmenes de ventas y sus fluctuaciones conforme a la demanda de los clientes, el aumento en la producción de harina de trigo y otros productos derivados, así como sus variaciones, todas las cuales demuestran que ha existido competencia entre las empresas harineras y que no ha habido reparto en el mercado o limitación en la producción y venta de cada una de ellas.

Finalmente, como conclusión **Oro del Norte, S.A.**, señala que el Juzgado de primera instancia no le asignó ningún mérito probatorio al voluminoso caudal probatorio aportado, conforme lo ordena el artículo 781 del Código Judicial y que comprueba que ninguno de los hechos de la demanda es cierto y desvirtúa las escasas y deficientes pruebas aportadas por la parte actora, con lo cual los indicios y presunciones de las supuestas prácticas monopolísticas quedan huérfanas de fundamento probatorio, lo que ha reconocido el propio Juzgado en lo referente a la indemnización, por lo que conforme al número de testigos imparciales, los informes periciales presentados, las pruebas documentales, los informes y las declaraciones de parte, no dejan duda sobre la competencia que desarrollan entre sí las empresas harineras y que los aspectos que el Juzgado de instancia señala como reveladores de los supuestos arreglos entre las empresas, tiene una explicación apropiada que se sustenta en la realidad y en las condiciones en que operan las

empresas demandadas, tales como que la importación de trigo se realiza en forma conjunta debido a la necesidad de ahorrar costos, la escasa fluctuación de los precios y las diferencias entre ellos comprueba que, existe una gran competencia debido a que los márgenes de rentabilidad son realmente bajos, por lo que no puede haber variación sustancial en los precios y el hecho de que **Oro del Norte**, pueda vender sus productos en la ciudad de Panamá a precios que compiten con otras empresas harineras se sustenta en que su planta está situada en la ciudad de Santiago, donde los sueldos y prestaciones laborales son inferiores a los de la capital, al igual que los costos de arrendamiento e inversión en edificios e instalaciones y lo mismo ocurre con la reducción de precios de las empresas pequeñas, para poder captar clientes para poder competir y la presentación de los productos de las diferentes empresas, que son coincidentes en cuanto a cantidades, todo lo cual demuestra sin margen de duda, que **Oro del Norte** ha desarrollado sus actividades en libre competencia con el resto de las empresas harineras por lo que no se configuran prácticas monopolísticas de ninguna especie.

La firma de abogados ALEMAN, CORDERO, GALINDO & LEE, apoderados judiciales de la sociedad demandada, **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, sustenta su apelación (fs.5048-5066), señalando que debe modificarse la sentencia de primera instancia revocando, los puntos primero y segundo de la parte resolutiva, ya que los mismos ignoran por completo el contenido de los informes presentados por los peritos del Tribunal, de la propia demandante y de las demandadas, los cuales demuestran que no hubo fijación de precios de venta de la harina de trigo duro, ni se repartieron el mercado nacional de harinas de trigo, por lo cual el fallo incurre en un error de hecho sobre la existencia de la prueba, e igualmente se omitió referencia a las pruebas de inspección judicial practicadas durante el periodo comprendido entre noviembre de 1996 y septiembre de 1997.

Señala esta recurrente que la pretensión formulada por la **Comisión**

de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, que consiste en la aplicación de los artículos 5, 10, 11 y 12 de la Ley 29 de 1996, referente a las prácticas monopolísticas absolutas y que por ende se condene a las demandadas al pago de la suma de B/.4,725,794.56, en concepto de daños y perjuicios durante el período comprendido entre el 4 de noviembre de 1996 y el 30 de septiembre de 1997, está sustentada por los hechos 7 y 9 contenidos en el libelo de demanda corregida, que se refieren a la firma de un acuerdo de precios entre los representantes de las sociedades demandadas y en la harina de trigo para el mercado nacional y repartirse dicho mercado, el cual fue llevado a cabo el 8 de marzo de 1994 y renovado por las sociedades demandadas para continuar realizando y ejecutando la práctica monopolística señalada desde el 4 de noviembre de 1996 hasta el presente.

Indica este alegato de sustentación que la causa de pedir de la pretensión es la imputación jurídica que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** endilga a las sociedades demandadas, por lo que la sentencia de fondo para acceder a las pretensiones formuladas por la demandante, requiere que se pruebe fehacientemente en el proceso los hechos señalados y la carga de los mismos corresponde a la **CLICAC**, conforme al artículo 784 del Código Judicial, y en el presente proceso se ha comprobado que los precios reales de venta de harina de las cuatro empresas harineras han sido distintos en todo momento, lo que se desprende de la inspección judicial sobre los libros, registros y archivos de las cuatro empresas demandadas, que demuestran que ha existido entre ellas competencia en cuanto al precio, como bien lo indican los peritos que intervinieron en la práctica de dicha prueba, incluyendo a los designados por la propia Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y el Tribunal.

Seguidamente la recurrente hace cita de extractos del informe del perito Juvenal Alcibiades Arosemena y del cuadro que reposa a fojas 1770 y 1771 del expediente que demuestra que desde el 4 de noviembre de 1996,

los precios reales de cada una de las empresas harineras, los cuales han sido distintos y lo mismo hace en cuanto al informe rendido por los peritos Elsa Guanti de Rodríguez y John Cletus Cheng (fs.1825-1826), los peritos de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, Humberto Castillo, Yadira Almario, Pedro Navarro y Alfonso Goméz (fs.2123), de los cuales se desprende que las empresas demandadas siempre han competido por precios para vender la harina de trigo duro, producida por cada una de ellas y que en ningún momento hubo por parte de ellas una fijación de precios de venta de dicho producto.

También señala en su alegato la sociedad **HARINA DEL ISTMO, S.A.**, que la sentencia de primera instancia incurre en incongruencia extra-petita en su punto primero, ya que hace una declaración que no ha sido pedida por la parte demandada, ya que lo pedido en el libelo de demanda corregida fue que se declarara la nulidad del supuesto acuerdo de fijación de precios y, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor nunca alegó que las empresas hubieran acordado establecer márgenes de precios de la harina de trigo, por lo cual este punto no era objeto de debate ni de decisión en el presente proceso, ya que el punto en controversia era, si las empresas vendieron entre noviembre de 1996 y septiembre de 1997 la harina de trigo duro en B/.17.25, el quintal, lo cual no fue demostrado y por tanto, el hecho séptimo del libelo de demanda corregido debe ser desechado y la decisión de declarar que las demandadas acordaron el establecimiento de márgenes de precios, viola los artículos 475 y 991 del Código Judicial al igual que la garantía del debido proceso, tutelada en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

Otro argumento de la parte recurrente, es que las pruebas demuestran que las empresas harineras no se repartieron el mercado pertinente y las pruebas periciales practicadas indicaron en forma unánime, que sí ha habido variación en las participaciones del mercado,

haciendo cita de extractos de los informes periciales, el perito Juvenal Alcibiades Arosemena, Huberto Castillo Sossa, Yadira Almario, Pedro Navarro, Alfonso Gómez, Elsa Guanti de Rodriguez, y John Cletus Cheng, asi como los cuadros referentes a los porcentajes anuales de participación de las ventas en el mercado de cada una de las empresas harineras, todo lo cual demuestra que durante la vigencia de la Ley 29 de 1996, ni antes, hubo una división de mercado entre ellas, haciendo el ejercicio utilizando el primer mes examinado durante la inspección judicial (nov. 1996), que es el primer mes de la entrada en vigencia de la Ley 29 y el mes de septiembre de 1997, señalando el margen porcentual de cada una de las harineras y sus fluctuaciones, para posteriormente presentarlo a través de unas gráficas donde las oscilaciones en las participaciones de cada una de las cuatro empresas no resultan rectas, sino pronunciadas, como comprobación de sus afirmaciones.

Finalmente señala la parte recurrente que las pruebas incorporadas al proceso, demuestran que las cuatro empresas demandadas han librado siempre una fuerte competencia, ya que la inspección judicial practicada a los libros, registros y archivos de las cuatro empresas, demuestran que el documento del 8 de marzo de 1994 nunca fue implementado y la competencia se ha desarrollado no sólo en cuanto a precios sino también en cuanto a variedad, calidad, servicio y crédito, por lo que es absolutamente errónea la conclusión de la juzgadora de primera instancia, de que las cuatros empresas harineras demandadas fijaron precios de ventas de la harina de trigo duro y se repartieron el mercado pertinente, en las proporciones señaladas en el hecho séptimo en el libelo de demanda corregido presentado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**.

El último alegato de sustentación de los recursos de apelación presentados, está formulado por la firma forense SOLIS & ELIAS, en representación de **HARINAS PANAMA, S.A.** (fs.5067-5068), quienes luego de reseñar los antecedentes del proceso, donde citan las pretensiones

consignadas en el libelo de demanda corregido, indican que **HARINAS PANAMA, S.A.**, en su momento alegó el impedimento material o falta de legitimación activa en la causa de la demandante para pedir la condena en concepto de daños y perjuicios en los términos del artículo 27 de la Ley 29 de 1996, por no ser agraviada o perjudicada con la conducta que se le atribuye a las demandadas, al igual que introdujo incidente de falsedad de los informes de las direcciones ejecutivas, legal, financiera y económica de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** y recusación de los peritos que fueron designados por la demandante, en las diferentes diligencias periciales e inspecciones judiciales que se adujeron y admitieron como prueba en el proceso.

Igualmente señala la recurrente, que en la audiencia preliminar quedó puntualizada la distribución de la carga probatoria, recayendo en la parte demandante la obligación de demostrar los hechos referentes al acuerdo que afirma, celebraron las demandadas y las renovaciones del mismo que tipifican y concretan la conducta ilícita y esa era la estructura de la controversia y los límites de la sentencia que debía pronunciar la juzgadora partiendo de la regla que establece el artículo 475 del Código Judicial, que resume como aspectos a probar por la demandante: que hubo una reunión en las fechas señaladas y que se estableció un acuerdo de precios, repartición de mercado y establecimiento de mecanismo de control, la existencia de dicho acuerdo, la fecha en que entró a regir y su prórroga, el nivel de precios no se justifican en el costo de producción, que la distribución del mercado no ha tenido modificaciones significativas, que hay una capacidad ociosa del 25% en cada una de las empresas demandadas; la utilización de los servicios del Sr. **Bienvenido Saucedo** y de la **Asociación Nacional de Molinos de Trigo** y el daño y su cuantía.

Alega la recurrente que el Tribunal pretermitió la regla de actuación del artículo 982 del Código Judicial, ya que llegó a conclusiones por la vía de indicios, reconociendo que no existe una

prueba directa de las prácticas que se acusan, adicionando la recurrente que no existe un contrato o documento escrito en que las sociedades demandadas hayan dejado constancia de algún acuerdo, ya que el documento que existe data del año 1994, o sea, antes de la vigencia de la Ley 29 de 1996. Se indica además que la sentencia acredita la licitud de la prueba recabada por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, desconoce la recusación que se le formuló a los peritos de la demandante, y la tacha de falsedad que se formuló contra los informes elaborados por la CLICAC, conclusiones con las que no está de acuerdo en la medida en que hubo un manejo inadecuado de la prueba de indicio, la prueba trasladada y del concepto de falsedad intelectual o ideológica y las reglas de valoración de las pruebas.

Señala la recurrente que su inconformidad con la sentencia radica en que no existe una prueba directa de las prácticas que se acusan y que la utilización de las pruebas de indicios, frente a la falta de prueba directa cualitativa de la infracción, desconoce que el cargo formulado en la demanda era la concertación de un acuerdo por escrito en 1994, sobre temas concretos y que las demandadas renovaron ese acuerdo, incurriendo en vigencia de la nueva Ley, en una conducta prohibida, para lo cual consigna en su alegato los artículos 982, 983, 985 y 986 del Código Judicial, manifestando que los hechos que se pretenden establecer son precisamente los que conforme a la controversia concretada, fueron establecidos como hechos que la parte demandada tenía que demostrar entre ellos el acuerdo y sus renovaciones consecutivas, y contrariamente el Tribunal consideró que la probanzas daban cuenta de la estrecha colaboración y actuación colusiva de las empresas demandadas, desde la importación de la materia prima y el sistema de distribución de las mismas, hasta las fluctuaciones y comportamientos de precios pasando por una vigilancia que se manifiesta en los pagos al Sr. **Bienvenido Saucedo** con el aval de la **Asociación de Molinos de Trigo de Panamá**, y que el examen de las pericias demuestran una fluctuación en los precios que siempre mantiene ciertos márgenes de diferencias entre las empresas.

Respecto a las conclusiones de la sentencia sobre los hechos probados, la recurrente señala, que no son, ni constituyen los hechos controvertidos que se habían establecido y, si esos son los hechos que constituyen indicios no se establece qué relación mayor o menor existe con lo que se trata de determinar y que eran temas de pruebas y su concordancia con las demás pruebas que obran en el proceso, entre ellas los dictámenes concordantes de los peritos de las demandadas.

Finalmente señala que, lo que se afirma en el fallo hace obligante el examen de algunas pruebas aportadas por la parte demandante que quizás pudo tomar en cuenta el Tribunal, como la documentación obtenida en las diligencias probatorias dentro de la investigación administrativa, las cuales debieron solicitarse o presentarse en copia de las piezas conducentes, para cumplir con el mecanismo de autenticidad debiendo estar autenticadas por el funcionario encargado de su custodia, lo cual no se cumplió con ninguno de los documentos presentados por la demandante y el informe de las direcciones financiera, económica y legal, que fue tachado por falsedad ideológica, y que el mismo no tiene la condición de informe como prueba definida por el artículo 893 del Código Judicial, por tanto, si estas fueron las pruebas que la sentencia tomó en cuenta para establecer hechos que constituyen indicios, tal finalidad no se cumple por ser pruebas no valorables por las razones expuestas y por tanto, la sentencia debe ser revocada y en su lugar absolverse a las demandadas de los cargos de la demanda, reconociendo el incidente de tacha de falsedad y la recusación que se presentó contra los peritos que actuaron por designación de la parte demandada.

OPOSICION A LAS APELACIONES

El primer escrito de oposición en contra de los diferentes recursos de apelación impetrados contra la sentencia de primera instancia fue presentado por el Licenciado RICARDO SALCEDO en representación de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** (fs.4964-4966),

oponiéndose a la alzada presentada por la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA**, indicando que si bien coincide con el recurrente en que el mismo no es un agente económico y que no fue demandado como realizador de prácticas monopolísticas absolutas, no es cierto que no haya probado la utilización de dicha entidad como pantalla para la contratación de una encuesta que realizó el Sr. **BIENVENIDO SAUCEDO** cuyos pagos recibía directamente de las cuatro empresas demandadas, lo cual es aceptado por ROBERTO LOMBANA en su declaración.

Adiciona el apoderado de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** que la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA** y **BIENVENIDO SAUCEDO**, eran interesados en el proceso, lo que no inhibe al Juzgado a-quo de pronunciarse sobre la utilización de esta asociación como pantalla para reuniones o foros de intercambio de información sobre las ventas y precios de ventas de la harina de trigo, por lo cual si fueron mencionados en el libelo de la demanda, ya que fue utilizada para adelantar los propósitos colusivos de los agentes económicos que la conformaban, ya que consta en el expediente que las encuestas sobre precios al que vendían las empresas harineras y su porcentaje de mercado eran realizados por el Sr. **BIENVENIDO SAUCEDO**, el cual entregaba sus informes a las cuatro empresas, las cuales pagaban sus servicios en forma individual, pero solo una cuota parte y cuando se reportaba lo hacía dirigiendo en una sola carta o memo dirigido a las cuatro harineras como si fuera un solo contratante, lo cual quedó demostrado en el expediente con los cheques o pagos que recibía por sus encuestas que era la forma en que se cercioraban de que las cuotas de mercado se cumplían.

En cuanto a las apelaciones presentadas por las empresas harineras, el apoderado judicial de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** se opone mediante escrito que reposa de fs.5079-5086 (GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.), de fs. 5087-5101 (ORO DEL NORTE, S.A.), de

fs.5103-5107 (HARINAS PANAMA, S.A.) y de fs.5109-5118 (HARINAS DEL ISTMO, S.A.), cuyo resumen se plasma a continuación.

En lo referente a la apelación de **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, señala la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor que no comparte el criterio de falta de legitimación de la **CLICAC** y la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, para demandar por daños y perjuicios, lo que sustentó en su apelación, lo cual fue un punto controvertido en el proceso y resuelto en la sentencia, y que si bien pudo haberse abstenido de apelar y haberse sentido satisfecha con el resultado, lo ha hecho porque cree y respeta a la administración de justicia.

Agrega la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** que el que no haya prueba directa no quiere decir que no pueda surgir de los demás medios probatorios, como los indicios y que algunas apreciaciones de la apelación de **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, constituyen una falta de respeto a la administración de justicia, haciendo cita de algunos argumentos de la apelación y la interpretación propia que ha hecho la apelante, indicando que constan en el expediente un sinnúmero de pruebas que demuestran la colusión en el período de la demanda y las regulaciones de precios terminaron en 1991, las cuales estipulaban un tope de precios máximos y no un mínimo de precios, por lo que no había excusa para no competir, y los peritajes comprobaron que las cifras coincidían con el acuerdo de 1994, y que las críticas vertidas con referencia al concepto de la sana crítica utilizado por la Juez a-quo es precisamente una negación de dicho sistema en lo que a valoración de la prueba se refiere.

Tampoco coincide la opositora con la apelante en que no se ha respetado el debido proceso, ya que a los demandados se les ha garantizado todos los derechos y defensas y que las críticas a las funciones técnicas de los operadores judiciales respecto a su idoneidad son contradictorias, ya que discrepan con la sentencia sólo en lo que

los afecta, pero en lo que los beneficia coinciden con la apreciación del Tribunal, por lo que todas las acusaciones de faltas al debido proceso carecen de fundamento, señalando la posibilidad que el presidente de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** delegue sus facultades como lo indica la Ley, el cumplimiento de todo el procedimiento y los requisitos en la medida de aseguramiento de pruebas y la legalidad y admisibilidad de las pruebas obtenidas, realizadas con autorización judicial, y que las declaraciones de Litabel de la Torre, Nelly Healy, Alejandro Lorenzo y Bienvenido Saucedo, todas fueron practicadas con apego a la Ley y sólo concede el hecho que el acta de aseguramiento de pruebas se aportó en copia y por tanto no podia ser reconocida por quienes efectivamente participaron en el acto y así lo resolvió el Juzgado Octavo en el Auto de 22 de mayo de 2001, pero reconoce como admisible todos los documentos que se recabaron en la diligencia exhibitoria.

Finalmente, se señala en la oposición que no puede hablarse de un perjuicio procesal sin especificar en donde se dio y pretendiendo con ello englobar todo el caudal probatorio en la falta del acta, existiendo otras pruebas periciales que no han sido acusadas de mal elaboradas, por lo cual en el presente caso no se han dado violaciones a la prueba judicial, ya que no se violó el principio de contradicción de la prueba, el principio de publicidad de la prueba, el principio de legitimidad de la prueba, el de inmediación y el de apreciación de la prueba y sólo pudo haberse violado el principio de formalidad de la prueba con respecto al acta de la diligencia probatoria en la investigación administrativa, lo cual no vicia el proceso, ya que todas las pruebas pudieron ser contendidas y desvirtuadas.

Frente a la apelación presentada por la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, el apoderado judicial de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, rechaza los argumentos del recurrente singularizando los temas referentes al análisis de las pruebas

presentadas y las pruebas directas de la parte demandada, señalando que conforme el articulo 781 del Código Judicial, las pruebas deben ser apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, lo que no implica una enumeración exhaustiva, ni que tenga que ser plasmado todo lo que se presentó como prueba, ya que la consideración que se le de a ciertas pruebas, puede ser suficiente para arribar a una conclusión certera, y en el presente caso todas las pruebas fueron presentadas en su debida oportunidad, y las partes tuvieron la oportunidad de contrarrestar las mismas, cosa que no ocurrió y todas las pruebas de los demandados fueron admitidas y practicadas en su momento.

Discrepa la opositora con la interpretación que hace la recurrente **ORO DEL NORTE, S.A.**, del articulo 785 del Código Judicial, referente a las presunciones, ya que los hechos de la demanda están acreditados con un sinnúmero de pruebas, por lo que las aseveraciones que hace la recurrente en su alegato de sustentación no son ciertas, haciendo cita en lo referente a los volúmenes de producción y ventas y su variación indicando que obviamente dentro de las investigaciones administrativas, los peritos no iban a encontrar un contrato de repartición de mercado y que los precios que cada una de ellas cobra son diferentes, que los volúmenes de producción y ventas no variaron y que cuando supuestamente lo hicieron, las cifras resultaron inverosímiles, que al confrontar con los años anteriores y posteriores la demandada no aumentó su capacidad de producción, ni la utilizó a plenitud según se desprende en sus declaraciones de venta para el período de la demanda, y las dos harineras más chicas vendían a precios más bajo que las dos más grandes, sin competir en los precios.

En los señalamientos de la apelación presentada, referente a las pruebas, la opositora indica que en los documentos recabados en la diligencia probatoria, consta la autorización emitida a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** y no a los Comisionados para practicar las diligencias probatorias, que el articulo 141 de la Ley 29

de 1996, autoriza al Juzgado Octavo de Primer Circuito Judicial de Panamá, para conocer a prevención del presente proceso y autoriza la práctica de prueba a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, y que la no participación de los abogados en las diligencias probatorias indispensables ya que si se equipara esto con las diligencias probatorias prejudiciales del Código Judicial, se trata de diligencias que son inoida parte.

Con relación al informe elaborado por las Direcciones Financiera, Económica y Legal de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, señala que es una prueba que fue admitida por el Tercer Tribunal Superior, producto de una investigación administrativa, por lo que no puede ser considerada como parcializada, ya que los funcionarios de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, son funcionarios públicos y los que lo elaboraron fueron citados e interrogados y que las conclusiones de los técnicos derivadas de la información obtenida en la investigación administrativa, son legales, ya que la prueba fue admitida, al igual que el cuadro estadistico elaborado por Alfonso Gómez y el peritaje sobre la capacidad instalada de las demandadas.

Al señalamiento de la recurrente en el sentido de que los dictámenes de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** carecen de méritos probatorios por utilizar como peritos a los mismos que intervinieron en las diligencias de pruebas y en las investigaciones administrativas reitera, lo expresado sobre la responsabilidad de dichos funcionarios, y que las diferencias entre los peritajes surgen por los sistemas utilizados, por lo que no se pueden comparar las cifras de los peritajes de la **CLICAC** con los demás, además la escogencia de los "precios promedios simple", por parte de los peritos de los demandados, no fue inocente ya que no refleja "ponderadamente" la realidad de las ventas, y fue el apoderado de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, el que plasmó este hecho tan importante para el proceso,

además los peritos de la entidad, levantaron la información directamente de los recibos de venta, mientras que los peritos de los demandados lo hicieron en base a informaciones mensuales.

Por otro lado, indica la parte opositora que no cuestiona las declaraciones testimoniales que señalan que las empresas harineras compiten en el mercado, ya que al nivel en que éstos se desenvuelven la banda de precios ya viene dada, es decir el rango de precio ya ha sido determinado, lo mismo sucede en las zonas de ventas, indicando que la presentación de los cuadros sobre las altas y bajas no es científica, ya que los peritos de los demandados no presentaron toda la información, y que las variaciones no llegan ni a 5% de volumen de año a año, aún cuando la baja y alta de clientes pueda ser numerosa, lo que constituye una simple rotación de clientes, luego de lo cual la opositora comenta las pruebas de **ORO DEL NORTE, S.A.**, consistentes en facturas y los testimonios de Nedelka Tuñón, Camilo Mosquera, Vicente Moreno, Denis Vargas, Calixto Vega y Tomás Jimenéz, Rafael Virzi, Emilio Castillo, Angel Carreiro, indicando que aún cuando los testigos hablen de que los precios fluctúan no lo hacen significativamente como para afirmar que hay competencia.

Con referencia a los dictámenes periciales, señala que los peritos de **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, indicaron que las empresas no cobraron los precios del Acuerdo de 1994, indicando la opositora que sí estuvieron muy cerca, ya que la desviación de precios en promedio fue de 0.05%, y además si se suman los porcentajes de mercado de las dos más pequeñas y las dos más grandes durante tres años el resultado exacto es 66% y 33%. Lo mismo señala con el dictamen pericial de Juvenal Arosemena, perito del Tribunal, ya que si bien los precios no fueron iguales, fueron casi iguales, y los peritos de **HARINA PANAMA**, según la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, indican que el 70% de venta de la harina de trigo es el trigo, que se compra en forma conjunta y que el precio es igual para las cuatro porque se compra por

3ER. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

embarque, y el precio del transporte es el mismo, los costos hundidos son los mismos, y que todos tienen capacidad instalada ociosa igual y la mano de obra es la misma, por lo que los precios deberian ser iguales, y entonces si como dicen los testigos habia competencia en servicio, crédito y otras cosas, la misma debia producir ganancias infimas, como se explica que de un dia para otro las cuatro aceptaron bajar los precios a un 10%, por lo que no pueden ser comparados los peritajes de la CLICAC con los de las demandadas, ya que ésta utilizó el "sistema de precios promedios ponderados" y los otros utilizaron los "precios promedios simples".

Se refiere la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en su oposición al dictamen de los señores Guanti y Cheng, señalando la respuesta del señor Cheng, al decir "no se explica como es posible que las dos harineras más chicas vendan a mejor precio (más barato), que las dos harineras más grande". Y de las demás aseveraciones periciales señala que los demandados tratan de inferir que hay competencia, señalando que descarta la cifra de porcentajes de mercado presentadas con un método distinto, ya que lo que importa es el volumen de venta, no el precio y el sistema utilizado por los demandados, sirve para resultados de precios y no para resultados de volúmenes y acepta que la cifra de los peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, no son exactamente iguales a los del Acuerdo pero están bien cerca, además es lógico esperar que varien en algo con el aumento de la población que varia de región a región, luego de lo cual se refiere al dictamen de los peritos Crostón y Linares, haciendo extracto de algunas de sus respuestas al interrogatorio formulado y comentando sus conclusiones referente a la producción anual, concluyendo que el apoderado judicial de **ORO DEL NORTE, S.A.**, pretende imputar a la sentencia la no aplicación del sistema de la prueba tasada contrario al sistema actual de la sana critica, por lo que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del**

Consumidor ha cumplido con la carga de la prueba, remitiendo a su escrito de apelación en lo referente a los daños y perjuicios demandados, contradiciendo las explicaciones referentes a los indicios hechas por la parte recurrente en contra de la sentencia, en lo referente a la compra conjunta por las empresas, la escasa fluctuación de precios, la posibilidad de que **ORO DEL NORTE, S.A.** venda con esos precios en Panamá, que las harineras chicas tengan que reducir sus precios, que la "estandarización" es prueba de competencia y que los incrementos de producción y venta son significativos.

En cuanto a la apelación presentada por **HARINAS PANAMA, S.A.**, el escrito de oposición presentado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** señala, que los argumentos contra los peritos que actuaron por designación de la Comisión, ya están perfectamente agotados en el expediente y resueltos por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 26 de enero de 1996, dentro de un Incidente de Tacha y Recusación de Peritos, dentro de la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la CHIRIQUI LAND COMPANY contra LA COMISION DE PROTECCION DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL, que admite que los funcionarios públicos puedan actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte, y que la sentencia impugnada hizo un análisis jurídico adecuado de las pruebas.

Con referencia al informe suscrito por las Direcciones Legal, Económica y Financiera de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, éste no constituyó la piedra angular del fallo como sugiere la recurrente y que el cargo de la demanda era la comisión de una práctica restrictiva de la competencia, la cual no necesariamente debe ser comprobada a través de un acuerdo escrito por las demandadas en 1994 como pretende el recurrente, lo que amerita la valoración de la totalidad de las constancias probatorias y de los indicios presentes en la actuación, para que conforme a la sana crítica, el Tribunal concluya acerca de la existencia de la práctica o no, lo que bien se explicó en la motivación del fallo.

Finalmente señala la opositora, que el documento firmado por la demandada en 1994, no constituye "per se", prueba acerca de la conducta prohibida por la Ley por razones cronológicas, sin embargo su existencia es un hecho acreditado en el expediente y el mismo habla de como las demandadas acordaron repartirse en el mercado de la harina de trigo en Panamá, por lo que bajo el articulo 982 y siguientes del Código Judicial, la información descrita, describe la proclividad de la demandada hacia la conducta ilegal, que fue debidamente complementada por el Tribunal con otros elementos de prueba, tales como los peritajes, que evidencian una inmutabilidad en aspectos claves del funcionamiento de este mercado durante los años analizados, que evidencian una falta de competencia entre las empresas, en manipulación de la oferta y demanda del mercado.

El último escrito de oposición presentado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, se refiere a la apelación presentada por la sociedad **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, donde se señala que no existe un error de hecho sobre la existencia de la prueba, sino un error de derecho en la apreciación de la prueba, refiriéndose a la realización de la práctica monopolística absoluta acusada, considerando que el Tribunal a-quo ha interpretado correctamente el peritaje del Tribunal, lo de las propias demandadas y los de la CLICAC, en atención a que el perito del Tribunal no levantó sus propias cifras, se copio las cifras de los peritos de las demandadas y de los informes mensuales, a diferencia de la cifras de los peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** que no levantaron la información de informes mensuales sino que utilizaron un muestreo científico de la fuente original, es decir, las facturas de ventas, y en vez de usar el 2% cuadriplicaron esa cifra y usaron 8%, y en todo caso las cifras de los peritos de las demandadas y del perito del Tribunal, sirven para sustentar la argumentación de que no hubo competencia en precios en el periodo del 4 de noviembre de 1996 a 30 de septiembre de 1997, porque las variaciones porcentuales no fueron mayores de 5%.

Señala la opositora, que los peritajes de las demandadas y del Tribunal sirven para hacer una evaluación de conjunto sobre las cifras globales y determinar por un método inferior, la no variación de los precios, por lo cual la juzgadora no descartó dicho peritaje, reiterando su posición sobre los diferentes sistemas utilizados para establecer los precios verdaderos y volúmenes de mercado, y el uso por los peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** del sistema de "precio promedio ponderado", es el que refleja el verdadero precio de la venta, porque toma en cuenta el volumen vendido y el sistema o método de "precio promedio simple", debe ser totalmente descartado, para establecer porcentajes del mercado, porque no toma en cuenta precisamente lo que se mide en el porcentaje del mercado, que es el volumen; igualmente la opositora se refiere a la prueba de inspección judicial indicando que fue señalada en el fallo, sólo que se apoyó en los peritajes de la CLICAC y del Tribunal en lo que pudo.

Referente a la pretensión y el fundamento de hecho del proceso, la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** se manifiesta en desacuerdo con el argumento de la recurrente **(HARINAS DEL ISTMO, S.A.)**, de que el Acuerdo de 1994, ya no tenía vigencia, y que durante el período de la demanda no se firmó ninguno, ya que la Comisión no lo ha aportado, manifestando que la determinación de que se ha transgredido la Ley no necesariamente tiene que estar escrito, por lo tanto la CLICAC solicita en su primera pretensión, que se deshaga dicho acuerdo y cualquier contrato realizado con **BIENVENIDO SAUCEDO**, pero hace referencia a cualquiera práctica posterior que sea ilícita al igual que los hechos décimo y undécimo donde no se menciona el Acuerdo, que se menciona la ínfima dispersión de precios y que lo elevado de los mismos no se relaciona con los costos, además que la repartición del mercado no presenta diferencia significativa con el Acuerdo inicial, con lo cual se habla de colusión que se inició con el Acuerdo de 1994 pero que no está supeditada a él. En lo referente a la causa de pedir, que indica el recurrente, por no mantener el precio de venta de B/17.25 por quintal,

estipulado en el Acuerdo de 1994, señala la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** el mismo argumento referente a las cifras que reflejan precios de los peritajes de los demandados y del Tribunal, debido a la diferencia de sistemas o métodos utilizados, y que aún cuando se hace la comparación, laS mismas no muestran una dispersión máxima de 0.05% desde 1996 a mayo de 2001, y 5% de 4 de noviembre de 1996 a 30 de septiembre de 1997.

Seguidamente en su escrito de oposición, señala la **CLICAC** que el argumento de que los precios reales de venta de harina de las cuatros empresas harineras han sido distintos en todo momento, utilizando el cuadro de los precios del año 1996 al año 2001, de **HARINAS DEL ISTMO**, y de los peritos de la Comisión, reitera la opositora el mismo argumento referente a los métodos distintos para el análisis de las cifras de los peritos, además del origen de esas cifras, considerando las de sus peritos como las reales, ya que fueron tomadas de las facturas, y no de informes mensuales basados en precios promedios simples, ya que los cuadros de los peritos de las demandadas no presentan la dispersión de precios, indicando posteriormente que las cifras no van a ser exactas y que hay que verlas en conjunto para anotar que los precios son uniformes, haciendo cita de las cifras presentadas por la recurrente que a su juicio demuestran, que los porcentajes de las dos harineras más grandes **(HARINA PANAMA,S.A. y GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.)** fue siempre de 66%, mientras que el de las más chicas **(HARINAS DEL ISTMO, S.A. y ORO DEL NORTE, S.A.)**, fue 34%, en los años 1996, 1997 y 1998.

En otro punto de la oposición, señala la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** que la recurrente indica que la sentencia incurre en incongruencia extra petita, porque en el punto primero de la parte resolutiva habla de "márgenes de precios", al imputarle a las demandadas prácticas monopolísticas absolutas, pero interpreta los puntos "márgenes de ganancia", siendo que la acusación es

la fijación de precios, el hecho de que la sentencia utilice en la parte resolutiva, el término "márgenes de precios", no desdibuja y confunde su significado. En cuanto al argumento de que las pruebas demuestran que las empresas harineras no se repartieron el mercado pertinente, la **CLICAC** opina que el hecho de que el perito del Tribunal señalara que, "si existe una variación de cada una de las empresas en el mercado", no significa que haya habido competencia, ya que las variaciones son tan ínfimas que se puede decir que los precios son iguales, lo cual surge del análisis de los cuadros de porcentajes de mercado presentados en la página 12 del escrito de la recurrente, tanto del perito del Tribunal como de los peritos de la Comisión, sosteniendo la existencia de un sistema de control del cartel, mencionando que las dos empresas grandes nunca compitieron en precios con las dos chicas, ya que las líneas no se entrecruzan, como se aprecia en las gráficas mostradas y que fueron utilizadas para presentar las supuestas variaciones de precios, para posteriormente citar la opinión del perito John Cheng, cuando señaló, "si nos llama la atención que tanto **ORO DEL NORTE**, como **HARINAS DEL ISTMO**, que son empresas más pequeñas, sus precios en la venta de harina dura, ha sido su tendencia a ser inferior a las otras dos harineras, consideradas las harineras de mayor producción y dominio en el mercado".

Finalmente, en su oposición señala la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, que el argumento de **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, de que las pruebas incorporadas al proceso demuestran que las cuatro empresas demandadas, han librado siempre una fuerte competencia es falso, ya que las variaciones de precios son uniformes y coetáneas y de hecho, exactas y simultáneas, para el periodo del 4 de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1997, transcribiendo a continuación la información y el cuadro sobre los precios en lista que encontraron los peritos de la Comisión que fue presentado en el peritaje, concluyendo que la variación de precios de mes a mes en el período de la demanda fue exacta entre las cuatro empresas harineras, independientemente del precio de lista o modal que tuviera cada una de ellas, ya que subían o

bajaban el mismo en un exacto porcentaje y las posibilidades de que esto suceda son de millones a uno y no puede argumentarse lo contrario, ya que los cambios son exactos en porcentajes y no puede argumentarse un seguimiento al lider en precios, porque entonces los cambios no hubieran sido porcentualmente iguales, lo que indica que estos cambios tuvieron que haber sido hechos "al centavo" y "simultáneamente", consignando como prueba el testimonio del Sr. Roberto Lombana, que aceptó que por presiones de la Asamblea Nacional, en junio de 1997, las cuatro harineras disminuyeron el precio en un 10%.

La firma ROSAS & ROSAS en nombre y representación de **ORO DEL NORTE, S.A.** presenta oposición en contra del recurso de apelación presentado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** (fs.4967-4971), indicando que la misma no está legitimada para pretender a su favor el pago de B/.4,725,794.56 en concepto de daños y perjuicios como resultado de las supuestas prácticas ilícitas durante el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1997, por no ser afectada por tales prácticas, ya que conforme al articulo 27 de la Ley 29 de 1996 tal facultad no le ha sido atribuida.

Agrega la opositora que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** asumió en el proceso el rol de parte actora y que en la demanda corregida señaló, que tales perjuicios habían sido irrogados a los consumidores nacionales, por lo que hizo valer la pretensión de condena, y la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, actúa en calidad de coadyuvante o adherente de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, por lo que su rol dentro del proceso quedó limitado a colaborar o ayudar a la demandante, por lo que la falta de legitimación para demandar en representación de los consumidores el resarcimiento de los supuestos perjuicios, fue debidamente explicada en la sentencia de primera instancia.

Finalmente señala la opositora que los argumentos de la **CLICAC** sobre su legitimación carecen de fundamento legal, ya que las normas citadas son normas de carácter general que no regulan lo atinente a la persona que está facultada o legitimada para demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de las prácticas monopolísticas absolutas, y en cambio, el artículo 27 de la Ley 29 de 1996, sí contiene una norma especial que señala que la persona que puede demandar dicho resarcimiento es únicamente el agraviado, condición de la que carece la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, concluyendo que dicha pretensión en el fondo es inócua e ilusoria, porque es contraria a las pruebas presentadas y no hay un sólo elemento de juicio, que compruebe que las empresas demandadas hayan causado daños o perjuicios a los consumidores.

La firma ROSAS Y ROSAS en nombre y representación de **ORO DEL NORTE, S.A.**, también presenta oposición contra el recurso de apelación presentado por **U.N.C.U.R.E.P.A.** (fs.4972-4977), señalando que la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, ha desempeñado únicamente el rol de tercero coadyuvante o adherente de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, quien se constituyó en parte actora del proceso, por lo cual **U.N.C.U.R.E.P.A.**, no está facultada para hacer valer pretensiones diferentes a las de la demandante, y su actuación en la segunda instancia queda igualmente limitada por esta realidad procesal, como bien se señala en la parte motiva de la sentencia, en lo referente a la falta de legitimación de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**.

También señala la parte opositora que el argumento de la apelación de **U.N.C.U.R.E.P.A.**, carece de fundamento legal ya que los artículos 68 y 142, numeral 2 de la Ley 29 de 1996 son normas generales, contrarias a lo que dispone la norma especial contenida en el artículo 27 de la misma Ley, y objeta los precedentes jurisprudenciales señalados en la

apelación, ya que los mismos no hacen referencia al punto controvertido.

Finalmente, se indica en la oposición, que los artículos 13 y 14 del Código Civil dan prioridad a la norma especial sobre la norma general, y que la pretensión de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, resulta en el fondo inócua e ilusoria porque el caudal probatorio aportado por las demandadas demuestra que la conducta acusada, no se dió y no hay elemento de juicio que compruebe que hayan causado daños o perjuicios a los consumidores y aún cuando la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, es un ente estatal que debe fiscalizar el cumplimiento de las normas que garanticen la libre competencia, su conducta y actuación está limitada por el principio de legalidad que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional y debe respetar la garantía del debido proceso establecido en el artículo 32 de la carta fundamental, por lo que no puede arrogarse facultades que la Ley no le ha otorgado, ni pretender que se acceda a pretensiones que correspondan a personas diferentes y claramente señaladas por la Ley.

La firma JESUS L. ROSAS & ASOCIADOS, en representación de la sociedad **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, presenta su alegato de oposición al recurso de apelación presentado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** (fs.4978-4979), señalando que la legitimidad para demandar por daños y perjuicios nace del artículo 69 de la Ley 29 de 1996 incluida dentro del Título de la Protección al Consumidor, donde se faculta al consumidor para el resarcimiento de daños y perjuicios, por lo que si la legitimación en la causa tiene que ver directamente con la relación sustancial que se pretende contra el demandado, esto significa que el demandante tiene que ser titular de ese derecho pretendido, y esa condición no la tiene la **CLICAC** tal como se señala en la sentencia de primera instancia.

También señala esta opositora que la **Comisión de Libre Competencia**

y Asuntos del Consumidor no solicita la indemnización de daños y perjuicios en nombre de los consumidores, ni tampoco comparece ante el Tribunal como un coadyuvante de un principal que representa los consumidores, por lo que es evidente que al no ser titular del derecho pretendido no puede reclamar una pretensión que no le concede la Ley, ya que seria violatorio de la Sección III, Capitulo I, Titulo XVI, del Libro IV del Código Civil, referente al enriquecimiento sin causa.

La firma JESUS L. ROSAS & ASOCIADOS, también presenta oposición a la apelación presentada por la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, (fs.4980-4981), señalando que ésta entró al proceso como tercero adherente de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, por lo que ha acogido la totalidad de las pretensiones de la demanda y solicitudes presentadas por la **CLICAC**, incluyendo las sanciones por prácticas monopolisticas sin estar legitimada para ello, por lo que la relación sustancial la tiene con la demandante y no con los demandados, siendo un tercero subordinado al principal que no puede participar ni siquiera en una transacción, ni realizar ningún acto que no sea con la anuencia del principal.

Finalmente, señala la opositora que la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, equivocó la via de pedir ya que no puede ejercer pretensiones, y no ejerció el proceso singular que la Ley consagra en el articulo 69 para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios, además el articulo 29 define que consumidor es aquella persona que adquiere de un proveedor bienes y servicios finales y la harina no es un producto final, sino que con ella se elabora el pan y demás derivados y en consecuencia **U.N.C.U.R.E.P.A.**, está abusando en su derecho de litigar, ya que ha suscrito todas las solicitudes de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** y no ha actuado por si misma, por lo que su aparición dentro del proceso es impropia.

La firma SOLIS & ELIAS en representación de **HARINAS PANAMA, S.A.**

presenta escrito de oposición a las apelaciones presentadas por la **CLICAC** y **U.N.C.U.R.E.P.A.**, (fs.4985-4993), en forma conjunta, señalando que en el punto tercero de las declaraciones pedidas en la demanda corregida, se solicitó la ilicitud de la práctica por parte de las demandadas y la condena en concepto de daños y perjuicios causados como resultados de dichos acuerdos y prácticas ilícitas, durante el período comprendido entre el 4 de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1997, por lo que la pretensión además de haber sido imprecisa en cuanto a que no determinó a favor de quien se pedía la condena, resultó incompleta en cuanto a que en el elemento causal de la pretensión no se hizo la narración o señalamiento como causa de pedir, sobre la concreción del daño y su relación de causalidad con el hecho ilícito civil atribuibles a la demandadas, por lo que la sentencia conforme al art.475 del Código Judicial debía recaer sobre la cosa, cantidad o hecho disputado, declaración solicitada o punto controvertido, con lo cual nace la falta de legitimación en la causa activa, ya que el derecho sustancial referido a la reparación del daño causado, no está en cabeza de la demandante ni de la coadyuvante.

Referente a los argumentos de la apelación de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** se muestra en desacuerdo con la tesis de que ésta, posee legitimación y que tiene la representación de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, y así mismo la parte coadyuvante se monta en una aventura distinta y pretende que se le reconozca la legitimación en la causa a favor de la parte actora, a través de una condena en abstracto, petición que está en contrapunto con quien ejerció la pretensión.

Añade la opositora que la legitimación en la causa es un presupuesto material que consiste en la identidad del demandante con el sujeto a quien la Ley confiere el derecho que se pretende en la demanda, en ese sentido señala que el art. 68 de la Ley 29 de 1996, indica que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** y las

Asociaciones de Consumidores, están legitimadas procesalmente, para iniciar como partes o intervenir con coadyuvantes en defensa de los derechos o intereses de los consumidores, lo que alude a un presupuesto procesal y no a un presupuesto material, ya que la primera conduce a una sentencia inhibitoria o nulidad, y la segunda, a una sentencia absolutoria, en ese sentido la ley no da pie para sostener que la **CLICAC** está legitimada en la causa para ejercer la pretensión dirigida a reclamar la indemnización pecuniaria, por no ser agraviada ni perjudicada, ya que sólo puede imponer sanciones por infracción de la Ley.

Finalmente, señala la opositora, estar de acuerdo con los planteamientos de la sentencia y que el art. 27 de la Ley le da la titularidad al agravidado o a los afectados y por ende la legitimación, y por más esfuerzos que hagan los apelantes no logran ubicarse en la titularidad de la relación jurídica sustancial, que emerge de la conducta ilícita causante de daños y perjuicios y aún cuando sostengan que poseen dicha legitimación no se logró acreditar la ocurrencia del daño, o no lo determinó dentro de la causa de pedir o hecho de la demanda, por lo que no se puede acceder a la condena pedida, ya que la condena en abstracto sólo es posible, cuando probada la obligación no existan elementos para determinar la cuantia o el monto del daño en eventos como el presente, en que la reclamación tiene esos fundamentos.

La firma forense ALEMAN, CORDERO, GALINDO & LEE, en representación de **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, presenta su oposición a la apelación interpuesta por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** (fs.4995-4998), señalando que la legislación positiva no le reconoce legitimación activa a la Comisión, para pedir en su propio nombre una indemnización por daños y perjuicios que hayan podido causarse a los consumidores y mucho menos, para beneficiarse o beneficiar al Tesoro Nacional con la indemnización resultante de tales daños, ya que ésta está regulada en el art. 27 de la Ley, que le concede

la acción resarcitoria exclusivamente a las personas agraviadas o afectadas por las prácticas monopolísticas que en este caso, serían los consumidores de pan, por lo que la legitimación que el artículo 142 de la Ley le concede a la **CLICAC**, se refiere a la declaratoria de ilicitud de una práctica monopolística, a los efectos de que la Comisión, pueda imponer al agente económico transgresor, las multas previstas en el artículo 12 de la misma Ley cuyo importe si entra al Tesoro Nacional.

Agrega la opositora que el argumento con que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** sustenta su apelación es autocontradictorio, ya que por un lado se refiere al daño infringido al consumidor (punto tercero), y por el otro señala que no peticiona condena de daños y perjuicios en su propio favor (punto cuarto), y en el mismo punto pide que la indemnización de daños y perjuicios sea pagada no a los consumidores (quienes serían los agraviados o afectados), sino a un tercero que es el Estado.

Finalmente se indica en el alegato de oposición de **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, que para proferir una condena de daños y perjuicios es indispensable que los mismos se hayan causado y la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, no ha traído al proceso ninguna sola prueba que permita establecer que los supuestos actos monopolísticos, hayan causado efectivamente daños y perjuicios a los consumidores, como se indica en la sentencia a foja 4904, y no ha podido señalar en qué elementos probatorios sustenta la existencia de daños y perjuicios sufridos por los consumidores, por el contrario en la página 59 de su alegato de conclusión, consta una aceptación expresa de la **CLICAC** que indica "no se produjo daño directo a los consumidores, porque ellos no son los que compran la harina...", lo que ha su juicio hace innecesaria cualquier otra consideración, y lleva necesariamente a concluir que no hay lugar a conceder la indemnización pedida por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, ya que si no existe el daño alegado, nada hay que resarcir.

DECISION DEL TRIBUNAL DE ALZADA

Corresponde a este Tribunal de alzada, luego de la lectura de los argumentos vertidos por las partes en favor y en contra de la sentencia de primera instancia, y del material probatorio aportado al proceso, determinar la juridicidad o no de la sentencia impugnada, y en ese sentido, básicamente son dos los aspectos que deben ser resueltos por esta segunda instancia, a saber: si hay o no prueba de la comisión por parte de las sociedades demandadas de prácticas restrictivas de la competencia, y si está legitimada la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor para demandar daños y perjuicios en favor de los consumidores producto de tales prácticas.

DE LA PRUEBA DE LA COMISION DE PRACTICAS MONOPOLISTICAS ABSOLUTAS POR LAS SOCIEDADES DEMANDADAS

Antes de adentrarnos en el análisis respecto a si hay prueba o no de la comisión, de prácticas monopolisticas absolutas por las sociedades demandadas, es pertinente señalar que ha quedado debidamente acreditado en el proceso, todo lo concerniente a la existencia y legitimidad de personería de las partes intervinientes, así como la condición de proveedores, y por tanto de agentes económicos de las demandadas, y la legitimación procesal para actuar de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

Con relación al primer aspecto tenemos que la conducta de la cual se acusa a las sociedades demandadas, consiste en la comisión de prácticas monopolisticas absolutas tipificadas en el artículo 11 de la Ley 29 de 1996, básicamente en el sentido de fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta de la harina de trigo; no producir, procesar, distribuir o comercializar, sino solamente una cantidad limitada de dicho producto y dividirse o asignar porciones o segmentos

del mercado existente, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996, actos que tuvieron su origen en un acuerdo suscrito por las cuatro sociedades demandadas, el día 8 de marzo de 1994 y que entró a regir el 14 de marzo de 1994, por un período de un año prorrogable, lo cual se ha comprobado se realizó antes de la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1 de febrero de 1996, por lo cual dicho acuerdo no está sujeto a la aplicación de dicha normativa.

La demandante plantea que una vez entrada en vigencia la Ley de defensa de la competencia, el 1 de noviembre de 1996, hasta la fecha de la presentación de la demanda el día 22 de diciembre de 1997, las demandadas continuaron realizando las prácticas acusadas de ilegales, situación que las sociedades demandadas niegan, manifestando que compiten efectivamente en el mercado de harina de trigo, que el acuerdo nunca se hizo efectivo y que las variaciones en los precios y la participación en el mercado demuestran, que no se han vulnerado las normas regulatorias de la libre competencia en Panamá.

Para efecto de precisar el tipo de conducta que se le imputa a la sociedades demandadas, es conveniente consignar lo dispuesto en los artículos 5 y 11 de la Ley 29 de 1996:

> "**Artículo 5. Prohibición.** Se prohibe, en las formas contempladas en esta Ley, cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o que de cualquier otro modo, vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procedimiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.
>
> **Artículo 11. Prácticas monopolísticas absolutas.** Son prácticas monopolísticas absolutas, cualesquiera combinaciones, arreglos, convenios o contratos, entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, cuyos objetos o efectos sean cualquiera de los siguientes:
> 1. Fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
> 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 limitado 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".

La determinación acerca de si la conducta que desplegaron las sociedades demandadas se encuadra dentro de algunos de los supuestos contemplados en las normas señaladas, surge necesariamente de las pruebas practicadas en el proceso y si las mismas demuestran la realización de los hechos que la Ley considera como ilícitos, por sí mismos, sin consideración a sus posibles efectos económicos negativos.

El abundante material probatorio aportado por las partes al proceso de carácter testimonial, documental, de informes, pericial e incluso las presunciones e indicios valorados por el Tribunal de primera instancia en la sentencia apelada, constituyen el elemento fundamental que ha sido esgrimido por los recurrentes en sus alegatos, quienes a través de su interpretación particular han señalado que el mismo no demuestra que las sociedades demandadas hayan incurrido en práctica restrictiva de la competencia.

Lo anterior obliga a este Tribunal Superior a adentrarse en el análisis respecto a si fue o no correcta la valoración de las pruebas llevada a cabo por la Juez de primera instancia, lo que va aparejado con el análisis detallado de las pruebas practicadas y la determinación de su admisibilidad, conducencia, utilidad, eficacia y su valor probatorio, a efectos de poder arribar a conclusiones respecto a la probanza o no de los hechos contenidos en la demanda.

En ese sentido el tema de prueba, como aquel aspecto que se refiere a los hechos que es necesario comprobar dentro del proceso, que a su vez son el presupuesto para poder aplicar las normas sustantivas a una situación en particular, y por ende determinar el éxito o no de las pretensiones o las defensas plasmadas por las partes, nos indica que el debate probatorio del proceso se va circunscribir a los hechos que fueron alegados en la demanda que lo origina, los cuales van a servir como el marco de referencia para la admisibilidad de las pruebas y establecer cuales son las pruebas idóneas, útiles y conducentes a tales

efectos, como bien lo señala el articulo 783 del Código Judicial al indicar que **"las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como la legalmente ineficaces"**.

En el presente caso las pruebas aportadas al proceso debian ser orientadas a la acreditación de los hechos plasmados por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en el libelo de su demanda corregida, presentada el dia 15 de septiembre de 1998 y admitida por el Tribunal de primera instancia mediante Auto No.1443, de fecha 18 de septiembre de 1998.

Estos hechos se resumen de la siguiente forma: las cuatro sociedades importan en su totalidad el trigo (materia prima) que procesan para la elaboración de la harina de trigo con la que se abastece la casi totalidad del mercado nacional, y constituye el principal renglón de ventas de ellas; el dia 8 de marzo de 1994 se reunieron los representantes legales de las cuatro sociedades y firmaron un acuerdo para establecer precios de la harina de trigo para el mercado nacional, y repartirse el mercado nacional estimado entonces sobre la base de un total de ventas mensuales de 120,000 QQ de harina, y establecer un mecanismo de control para el cumplimiento del acuerdo consistente en el nombramiento de un auditor contralor; dicho acuerdo entró a regir el 14 de marzo de 1994 por un periodo de un año prorrogable; el acuerdo fue renovado expresa o tácitamente por parte de las sociedades demandadas, por lo cual desde el 4 de noviembre de 1996 hasta la fecha han realizado prácticas ilicitas restrictivas de la competencia; que los precios de la harina de trigo duro cobrados por las demandadas desde el 4 de noviembre de 1996 hasta la fecha de la presentación de la demanda, presentan una ínfima dispersión y un nivel elevado los cuales no se relacionan con los costos de producción como debiera ser en un mercado de libre competencia; la distribución o segmentación del mercado nacional de la harina de trigo ha experimentado

modificaciones no significativas desde su fijación del acuerdo inicial y sus renovaciones, hasta la fecha de la presentación de la demanda; las sociedades productoras de harina de trigo sin justificación aparente y para la producción de harina de trigo duro, mantienen una capacidad ociosa de aproximadamente un 25%; las sociedades demandadas han utilizado desde el mes de octubre de 1997 los servicios profesionales del señor Bienvenido Saucedo Rodríguez, para recoger, ordenar y distribuir entre ellas, información sobre las actividades comerciales de cada una, con el objeto de fijar, manipular o concertar el precio de venta de la harina de trigo en el mercado nacional y, han utilizado a la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO** como foro para el intercambio de información, con relación a los precios de ventas de cada una de ellas y su participación en el mercado; los efectos derivados de la prácticas ilícitas han producido desde el 4 de noviembre de 1996 hasta el mes de septiembre de 1997, un daño estimado en B/.4,725,794.56 de la siguiente forma: **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.** (B/.1,467,921.94), **HARINAS PANAMA, S.A.** (B/.1,172,038.60), **HARINAS DEL ISTMO S.A.** (B/.667,957.16) y **ORO DEL NORTE, S.A.** (B/.1,417,876.86).

Tanto la parte demandante, como el tercero coadyuvante, al igual que las sociedades demandadas presentaron en la etapa procesal correspondiente, el caudal probatorio que consideraron pertinente para acreditar su pretensión y sostener la defensa de sus intereses, el cual fue resuelto mediante Auto N°352 del 22 de mayo de 2001 (fs.967-1037), por el Tribunal de primera instancia de cuya lectura se infiere que el material probatorio consistia en pruebas documentales, pruebas de informes, inspecciones judiciales, pruebas periciales, suministros de los documentos, declaraciones testimoniales y reconocimientos de firmas y contenidos de documentos y declaraciones de partes, las cuales fueron sujetas al contradictorio, objetadas en algunos casos, tachadas de falsedad en el caso de las documentales, al igual que los peritos y los informes elaborados por funcionarios de la Comisión de **Libre Competencia**

y Asuntos del Consumidor, todo lo cual fue resuelto en el Auto en mención.

Dicho Auto fue apelado en su momento por las partes, siendo la alzada resuelta mediante Auto del 3 de enero de 2002 emitido por esta superioridad judicial, a través del cual se confirmó en lo medular el Auto admisorio de pruebas emitido por la Juez de primera instancia y sólo se modificó en el sentido de admitir una prueba de inspección judicial aportada por la sociedad de **HARINAS PANAMA, S.A.**, que había sido negada en la primera instancia. De esta manera se cumplió la fase de admisión de pruebas, que motivó el extenso periodo de práctica de las mismas, las cuales fueron sujetas a valoración en la sentencia de primera instancia, contra la cual se ha interpuesto el presente recurso de apelación.

En resumen en el proceso se ha respetado el derecho a la prueba de las partes intervinientes, que se traduce en su derecho a obtener las pruebas, el derecho a presentar las pruebas, el derecho a que le sean recibidas las pruebas y el derecho a que sean valoradas conforme a la regla de la sana crítica, conforme lo dispone el artículo 781 del Código Judicial, por lo cual la etapa subsiguiente es determinar si el material probatorio aportado por las partes, efectivamente comprueba la comisión por parte de las cuatro sociedades demandadas de prácticas restrictivas de la competencia, violatorias de la Ley 29 de 1996 o si por el contrario fue incorrecta la valoración del material probatorio llevada a cabo por la Juez de primera instancia, y por ende no hay comprobación de la realización de tales prácticas ilícitas.

Con relación a las pruebas documentales aportadas tenemos que con la demanda fueron presentadas las certificaciones del Registro Público (fs.12-16), a través de las cuales se comprueba la existencia y representación legal de las cuatro sociedades demandadas, así mismo consta en el expediente la certificación emitida por el Licenciado Rafael Carles, Comisionado Secretario (fs.111), a través de la cual

certifica que el representante legal de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** es el Comisionado Presidente, cuya designación recaía en ese momento en la persona del Dr. Gustavo Paredes, con lo cual queda acreditada la legitimación de la parte actora.

De la misma forma se ha acreditado la existencia y personería jurídica de la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, que le da legitimación para intervenir como tercero coadyuvante en el presente proceso (fs.606).

Por otro lado, mediante Auto N°628 de 23 de octubre de 1997 y No.696 de 30 de octubre de 1997, emitidos por el Juzgado Octavo de Circuito, Ramo Civil, se autorizó a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** para la práctica de diligencias probatorias dentro de la investigación administrativa iniciada contra las sociedades demandadas, las cuales fueron aportadas al proceso en virtud de una solicitud de requerimiento de suministro de pruebas presentada por las empresas demandadas (fs. 233-235), con la cual se adjuntaron los expedientes obtenidos en las diligencias probatorias y que se desglosan así: **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, TOMO I y II (fs.1 a 1270); **ORO DEL NORTE, S.A.**, TOMO III (fs.1271 a 1945); **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, TOMO IV y V (fs.1946-2966); y **HARINAS PANAMA, S.A.**, TOMO VI, VII y VIII (fs.2967 a 3818), los cuales por lo voluminoso que son, no fueron incorporados al expediente principal.

Esta documentación fue admitida como prueba mediante Auto No.352 del 22 de mayo de 2001, proferido por el Juzgado de primera instancia y confirmado mediante Auto del 3 de enero de 2002, emitido por esta Sala de Decisión, con lo cual se le da validez a dichas pruebas, las cuales quedan sujetas a la valoración del juzgador, respecto a su autenticidad y eficacia para probar los hechos del proceso.

Así, se ha presentado al expediente Acta de la Comisión de Comercio

Industria y Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa (fs. 871-883) del día 24 de junio de 1997, donde constan aseveraciones planteadas por el Sr. Roberto Lombana en representación de **HARINAS DEL ISTMO**, el cual manifiesta "nosotros después de haber aceptado el compromiso la semana pasada traemos una propuesta para hacer un ajuste en el precio de la harina que no sea de una forma porcentual sino ajusta el valor, de un máximo de 1.50, dirigido a las panaderias medianas, pequeñas y artesanales del pais, basado en el tema que se ha estado manejando en los últimos dias, en las distintas reuniones que se ha tenido..." (fs.873), "El Licenciado Lombana respondió que habla en nombre de **HARINAS DEL ISTMO**, pero tienen un consenso. Ya que vale la pena que cada uno de ellos puedan contribuir de una forma u otra".

En el acto de presentación de pruebas (fs.893-901), el apoderado judicial de la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, presentó fotocopia de la nota del 3 de mayo de 1995, dirigida por el Sr. David Virzi a los señores Roberto Motta, Carlos Eleta, Tirso Wolfschoon, Ricardo Martinelli y Benjamin Btesh, donde deja sin efecto el convenio celebrado entre las empresas harineras en el año 1994, el cual también consta en las pruebas recabadas por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en las oficinas de la sociedad demandada, en dicha prueba se señala en su parte final "por tal hecho la junta directiva de la CIA. **ORO DEL NORTE, S.A.**, considera que ya ha terminado el año del acuerdo y se negocie el segundo año, el porcentaje de venta debe ser de 14.58%, o sea la mitad, dividido los dos porcentajes actuales de **HARINAS DEL ISTMO** y **ORO DEL NORTE**, por lo tanto se autoriza negociar este porcentaje, menos de esto es inaceptable" (fs.916).

También constan en el expediente las comunicaciones que se realizaban entre las empresas demandadas, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996, que acreditan reuniones y acuerdos en lo relativo a los precios y la producción.

Otras pruebas documentales aportadas, se refieren a las información emitida por la Dirección de Estadística y Censo de la Contraloría de la República, con cuadros anexos solicitada por **ORO DEL NORTE, S.A.** y que tiene como fuente las liquidaciones aduaneras referentes a las importaciones de trigos y sus derivados y la fluctuación del precio de la harina de trigo, así como facturas de dicha sociedad que reflejan variaciones en los precios de la harina dura y harina indiana HS.

Finalmente hay constancia en el expediente de cheques pagados al Sr. **Bienvenido Saucedo** por las sociedades demandadas con posterioridad al mes de noviembre de 1996, las cuales fueron recabadas en las diligencias probatorias llevadas a cabo por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en las sociedades demandadas y debidamente autorizadas por el Tribunal de primera instancia.

Las pruebas documentales presentadas permiten concluir al Tribunal, que las sociedades demandadas son agentes económicos y encuadran dentro de la definición de proveedor que establece el numeral 1, del articulo 29 de la Ley 29 de 1996, y por lo tanto son sujetos de aplicación de dicha normativa, al participar como sujetos activos en la actividad económica; que es cierto que existió un acuerdo de precios, repartición de mercado y mecanismo de control para la vigilancia y cumplimiento del acuerdo, entre las cuatro empresas demandadas, el cual fue acordado el día 1° de marzo de 1994, producto de reunión sostenida por los representantes legales de las empresas harineras con duración de un año prorrogable, el cual empezó a regir el día 14 de marzo de 1994, que es ratificada con la nota dirigida por David Virzi en representación de **ORO DEL NORTE**, a los señores Roberto Motta, Carlos Eleta, Tirzo Wolfshoon, Ricardo Martinelli y Benjamín Betesh, donde considera injusto el porcentaje que le corresponde producto del acuerdo y se refiere a la negociación por un segundo año, todo lo cual permite inferir que sí existia un acuerdo entre las demandadas en lo referente a los precios y

la distribución del mercado de la harina de trigo en Panamá.

Queda claro que dicho acuerdo fue pactado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1° de febrero de 1996 (1° de noviembre de 1996), por lo cual el documento que acredita la existencia del acuerdo no constituye prueba de la existencia de la práctica monopolística absoluta demandada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, sin embargo, el resto de las pruebas documentales logran acreditar de modo indiciario que la conducta desplegada por las demandadas, no varió luego de la entrada en vigencia de la Ley de defensa de la competencia y se mantuvo durante el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 1996 hasta la fecha de la presentación de la demanda, ya que puede observarse dentro de la documentación recabada, reuniones entre los representantes legales de las empresas demandadas (14 de noviembre de 1996, fs.45, **HARINAS DEL ISTMO**), comunicaciones vía fax (fs.57-58, TOMO I, **HARINAS DEL ISTMO**); Memorándum de Roberto Lombana a la Junta Directiva del 30 de diciembre de 1996, fs.62, 63 y 64, **HARINAS DEL ISTMO**), (Memorándum del 27 de octubre de 1997, dirigido por Nely Gealy a Alejandro Lorenzo fs.1995, Tomo con pruebas recabadas en **GOLD MILLS**); (Notas del 15 de enero de 1997, dirigida por Roberto Lombana a Alejandro Lorenzo fs.2000); (Memorándum de Angel Carreiro para MOL TRIGO de 27 de febrero de 1997, fs.2068-2069); (Memorándum de Alvaro Hernández para Alejandro Lorenzo, con copia a Litabel de la Torre y Nely Gealy del 7 de enero de 1997, fs.2072); (Notas del 15 de enero de 1997 y 30 de junio de 1997 dirigida por Roberto Lombana a Alejandro Lorenzo, fs.2073-2074); Memorándum del 27 de octubre de 1997 que reposan de fojas 2078 a 2086; Memorándum del 11 de marzo de 1997 a fojas 2088; Notas del 15 de enero de 1997, 2 de junio de 1997 y 30 de junio de 1997 fojas 2087-2091; Memorándum del 11 de junio de 1997 fojas 2371, todos reposan dentro del expediente de pruebas de documentos obtenidos por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en la sociedad **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**; Nota del 14 de abril de 1997 (fs.3002); Nota del 4 de

septiembre de 1997 (fs.3013); Fax del 4 de septiembre de 1997 (fs.3014-3015); Memorándum del 10 de junio de 1997 (fs.3020); Memorándum del 29 de mayo de 1997 (fs.3022), en los documentos recabados en **HARINA PANAMA**, las cuales mencionamos a modo de ejemplo, sólo para señalar aquellas pruebas documentales que acreditan el hecho investigado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996.

A la conclusión anterior se arriba analizando el informe preparado por la Dirección Ejecutiva Legal, Financiera y Económica de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**,(fs.445-582) producto de la investigación administrativa que adelantara en contra de las empresas demandadas, donde se concluye que los precios ofertados por cada una de las empresas presentan una mínima dispersión lo cual no es justificable ante las diferencias que existen en los costos de producción para cada una de las empresas, al igual que la distribución del mercado que ha mantenido invariable sin justificación, teniendo en cuenta la capacidad instalada de cada empresa y la capacidad ociosa de cada una y principalmente por el pago por servicios profesionales que se ha hecho por las sociedades demandadas al Sr. **Bienvenido Saucedo**, por su participación en la vigilancia control e intercambio de información entre las cuatro empresas (fs.90-108, pruebas recabadas por la **CLICAC** en la sociedad **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**), (fs.1318,1319, 1321, pagos efectuados por la sociedad **ORO DEL NORTE**); (fs.3105-3134), todos acreditados en el expediente de las pruebas recabadas por la demandante en la sociedad **HARINAS PANAMA, S.A.**

Este informe también fue admitido como prueba dentro del proceso y por tanto quedaba sujeto a valoración por parte del Tribunal de conocimiento, el cual le asignó valor como medio de prueba que contribuye a formarle convicción sobre la existencia de la conducta que se le imputa a las demandadas. De igual forma la tacha y objeciones que le fueron formuladas a los funcionarios de la **Comisión de Libre**

Competencia y Asuntos del Consumidor que participaron en dicho informe como peritos fueron resueltas por el Tribunal, señalando que tal condición no le resta imparcialidad al dictamen, tomando en cuenta que la fuente de información del mismo, proviene de las pruebas que fueron recabadas mediante el aseguramiento de pruebas que autorizó el juzgado de primera instancia dentro de la investigación administrativa.

La prueba documental que consiste en el Acta de la Comisión de Comercio, Industria y Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa del dia 24 de junio de 1997, también deja entrever que existían acuerdos entre las empresas harineras, ya que el señor Roberto Lombana, manifiesta ante los miembros de la Comisión que había un consenso en la industria para realizar un ajuste en el precio de la harina, lo cual no deja dudas de la conducta de las demandadas, en cuanto a la existencia de combinaciones, arreglos o convenios, con la intención de fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta y el intercambio de información con el mismo objeto, y de dividir, distribuir, asignar o imponer, porciones o segmentos del mercado existente, como lo consagra el articulo 11 de la Ley 29 de 1996.

Si bien todas las pruebas documentales que hemos reseñado no acreditan en forma directa la comisión por parte de las sociedades demandadas de las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en la demanda, si permiten inferir al Tribunal la existencia de negociaciones, acuerdos, conversaciones, reuniones, intercambio de información, etc., a través de las cuales las demandadas acordaron en forma conjunta o cooperativa establecer acuerdos sobre precios, niveles de producción y distribución del mercado de harina de trigo, lo cual como bien se ha explicado no se concluye de forma directa, pero sí por la via de los indicios que en nuestra legislación procesal, constituyen un medio de prueba que contribuye a formar convicción en el juzgador.

Con referencia a las pruebas testimoniales, durante el proceso

rindieron declaración testimonial diferentes personas vinculadas con las sociedades demandadas, ya sea como trabajadores o en calidad de clientes, las cuales fueron aducidas como prueba con la intención de establecer las políticas de competencia de las empresas harineras, la no existencia de acuerdos de precios y repartición de mercados, y que las demandadas competían en el mercado de la harina de trigo a través de sus políticas de ventas, dichas declaraciones han sido reseñadas en la sentencia de primera instancia, básicamente resaltando los testimonios de Nedelka Anabel Tuñón, José Adolfo Ramírez, Camilo Mosquera Delgado y Emilio Castillo Solís, funcionarios de **HARINAS DEL ISTMO**, quienes niegan la existencia de un acuerdo entre las empresas harineras para dividirse el mercado y no competir.

De igual forma, declaran Angel Carreiro, empleado de **HARINAS PANAMA, S.A.**, y Litabel Botello de la Torre de **GOLD MILLS PANAMA, S.A.**, quienes señalan desconocer la existencia de acuerdo entre las harineras para dividirse el mercado y fijar precios, al igual que Tomás Jiménez, funcionario de **ORO DEL NORTE, S.A.**, y David Virzi, quienes aseguran que venden libremente sus productos y que compiten por la captación de clientes, en el primer caso y, en el segundo, negando la existencia de una capacidad ociosa de 25% en la empresa.

También rindió declaración el Sr. Roberto Motta Cardoze, quien niega la existencia de alguna reunión o acuerdo celebrado con los señores Roberto Lombana, Camilo Mosquera, David Virzi y Alejandro Lorenzo, aceptando conocer a los señores Tirso Wolfshoon, Carlos Eleta y Benjamín Betesh y David Virzi. De igual forma en su calidad de clientes declararon los señores Calixto Vega Castillo, Vicente Moreno Rivera, Denis Vargas, propietarios de panaderías, los cuales señalan que le compran harina de trigo a **ORO DEL NORTE, S.A.**, por mejor calidad del producto, mejor precio y asistencia técnica y que las otras empresas harineras, también le han ofertado sus productos.

Por otro lado también constan en el expediente las declaraciones de los señores Marixa de Guerra y Gustavo Ernesto Alba Muñoz, quienes aluden básicamente en sus deposiciones a la actuación de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** durante las prácticas de las diligencias de aseguramiento de pruebas, que realizó en su investigación administrativa.

Por el lado de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** rindieron declaración los señores Miguel Espino, Alfonso Gómez, Maureen Rey, los cuales relatan la forma en que se llevaron a cabo las investigaciones administrativas a las sociedades demandadas y lo concerniente al informe que fue elaborado por las diferentes direcciones, luego de la práctica de la diligencia probatoria, llamado Informe de la Dirección Ejecutiva, Legal, Financiera y Económica.

También constan en el proceso las declaraciones del señor Roberto Lombana, Presidente de la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO** y Gerente de **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, que en la parte medular de su declaración de parte, niega la existencia de un acuerdo privado para la fijación de precio o comercialización de la harina y acepta conocer a los señores Carlos Eleta, Tirso Wolfshoon, Benjamín Betesh, Rafael y David Virzi y Alejandro Lorenzo; que participó en las reuniones de la Comisión de Comercio de la Asamblea Legislativa en representación de la empresa **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, y que los temas principales que se trataban en la asociación se referian a las estrategias y políticas de las industrias harineras, coordinación de estudios y reuniones con el Órgano Ejecutivo, así como temas de la búsqueda de nuevos financiamientos para nuevas tecnologías y que los pagos que recibia el señor **Bienvenido Saucedo** correspondian a sus honorarios profesionales, producto de las cuotas de los asociados es decir las cuatro demandadas, por sus servicios a la asociación, ya que realizaba encuestas y trabajos de los temas que se le indicaban, básicamente para incrementar el

consumo del pan en el país y para la Contraloría General de la República.

LAS PRUEBAS PERICIALES

En lo que respecta a las pruebas periciales presentadas al proceso que fueron admitidas mediante Auto No.352 del 22 de mayo de 2001 modificado por la Resolución de 3 de enero de 2002 proferida por este Tribunal Superior, consistían en pruebas periciales derivadas de inspecciones judiciales efectuadas en las sociedades demandadas, las cuales básicamente se refieren a pruebas periciales elaboradas por contadores públicos autorizados y peritos en metrología, las cuales arrojan en su parte medular las siguientes conclusiones:

En la sociedad **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, los peritos Alberto Tile y Juan Pablo Crostón, indican que la capacidad de almacenaje de harina de trigo es de 1,750.51 toneladas métricas y la capacidad máxima para el trigo duro y suave 11,620 toneladas métricas, mientras que la de la harina de trigo y el trigo simultáneamente es de 13,1370.51 toneladas métricas y que la capacidad total de almacenaje de los componentes o aditivos es de 2,955.29 pies cúbicos.

Por su lado, Ignacio Romero y Rigoberto de la Rosa, señalan en su dictamen pericial como peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, que la capacidad total de almacenaje de trigo es de 11,851.51 toneladas métricas, mientras que la de harina de trigo es de 12,784.94 toneladas métricas, de las cuales el 92.70% es trigo y el 7.30% restante es harina de trigo, añadiendo que el área destinada para almacenar los aditivos tiene una capacidad aproximada de 589.65 quintales, lo que equivale a 26.76 toneladas métricas y que el área del componente de trigo tiene una capacidad de 120 m2, para colocar 169 tarimas con una capacidad de 122.65 toneladas métricas.

Finalmente el perito del Tribunal Ricardo Herrera, señala en su dictamen que **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.** cuenta con una capacidad total de almacenaje de 12,932.39 toneladas, desglosándolas de la siguiente forma, trigo 11,849.46, harina 933.62, aditivos y componentes de harina 26.76, y componentes de trigo 122.65 toneladas.

En lo referente al dictamen pericial llevado a cabo en las instalaciones de **HARINA PANAMA, S.A.**, los peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, señalan que la capacidad total de almacenamiento de la empresa era de 13,039.32 toneladas métricas desglosado de la siguiente forma: para el trigo 11,582.77 toneladas métricas, para la harina 803.37 toneladas métricas y componentes de trigo 653.18 toneladas métricas.

El dictamen pericial llevado a cabo en la empresa **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, por los peritos de la **CLICAC**, indican que su capacidad total de almacenaje es 6,082.86 toneladas métricas desglosadas así, para el trigo 5,696.83 toneladas métricas, para harina 344.23 toneladas métricas, para aditivos y componentes 41.80 toneladas métricas.

El perito John Cheng de **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, concluye en su informe que la capacidad máxima en toneladas métricas es de 5,972.00 de las cuales 5,586, corresponden a trigo y 386 se aplican a harina, aditivos y afrecho, en esta misma empresa producto de la inspección judicial el perito del Tribunal Ricardo Herrera dictaminó una capacidad de almacenaje para el trigo de 5,639.89 toneladas métricas, para la harina de 344.23 toneladas métricas y para los aditivos y componentes 41.80 toneladas métricas, lo que da una capacidad total de 6,025.92 de almacenamiento.

En las instalaciones de la sociedad **HARINAS PANAMA, S.A.**, se realizó la misma prueba pericial, señalando el perito que la misma tiene una capacidad para almacenar trigo de 11,594.03 toneladas métricas, para

la harina de 804.09 toneladas métricas y para los componentes 653.18 toneladas métricas, lo que da una capacidad total de almacenaje de 13,051.30.

En lo que respecta a la empresa **ORO DEL NORTE, S.A.**, los peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** dictaminaron que cuenta con una capacidad de almacenamiento de trigo de 5,373.13 toneladas métricas, de harina 368.00 toneladas métricas y componentes de harina y de trigo de 43.03 toneladas métricas, para hacer un gran total de 5,784.16 toneladas métricas.

El perito designado por la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, el señor BRUNO LINARES, señala en su dictamen que la empresa está utilizando toda la capacidad normal de almacenamiento con que cuenta, estableciendo las cifras en quintales para la capacidad de almacenamiento de aditivos y sus productos, el trigo y la harina de trigo simultáneamente y la harina de trigo duro y harina de trigo suave. Por su parte el perito del Tribunal, Cristóbal Hidalgo de la inspección judicial realizada a las instalaciones de **ORO DEL NORTE, S.A.**, señala que la capacidad de producción instalada es de 79.00 toneladas métricas por 24 horas, consignando en su dictamen los cuadros que reflejan el porcentaje del total de producción correspondiente de los años 1997 al año 2000 en quintales y toneladas métricas para el trigo, la harina dura, la harina suave y la sémola, concluyendo que esta empresa no mantiene el 25% de su capacidad de producción ociosa.

Con referencia a los dictámenes emitidos por los Contadores Públicos Autorizados que se refieren a los volúmenes de importación de trigo, harina de trigo y derivados, como se ha comportado tal volumen a partir del 4 de noviembre de 1996, y si los porcentajes se han mantenido o han sufrido aumentos por disminuciones, así como determinar si los precios se han mantenido iguales o han sufrido cambios y el volumen de

pérdidas o ganancias durante el periodo señalado, así como el margen de producción en el país de cada una de las demandadas y si ofertan sus productos en determinado segmento del territorio nacional, los dictámenes arrojan los siguientes resultados:

El perito del Tribunal Juvenal Arosemena Batista, dictamina que en las inspecciones llevadas a cabo a las oficinas de las sociedades demandadas y luego del examen de archivos, informes, reportes y registros de contabilidad, no encontró ningún documento suscrito entre las cuatro empresas donde se haya acordado o convenido temas relacionados con la producción, procesamiento, distribución o comecialización de la harina de trigo, ni tampoco comunicación o intercambio de comunicación, con el fin de fijar el precio de sus productos o repartición de las ventas, indicando que no existen políticas en dichas empresas para la fijación de precios, analizando los precios y sus variaciones en cada uno de los productos fabricados, concluyendo que los precios de las cuatro empresas no fueron uniformes durante el periodo 1996-2001, al igual que el porcentaje de participación de mercado durante dicho periodo para cada una de ellas, lo cual concuerda ampliamente con el dictamen de los peritos Orlando Palma y Damián Alvarado peritos de **HARINA PANAMA, S.A.**

Por su lado, los peritos Elsa Guanti de Rodriguez y John Cletus Cheng con referencia a los mismos temas mencionados, presentaron sus dictámenes periciales practicados en las oficinas de las cuatro sociedades demandadas los cuales reposan de fojas 1799-1861 y 4074 a 4086, que señalan básicamente que no hay existencia de evidencia de que las cuatro empresas hayan importado harina de trigo, ya que lo que importan es trigo para fabricar harina, que el precio promedio efectivo de **HARINA DEL ISTMO, S.A.**, se ha mantenido consistentemente abajo del promedio de las cuatro harineras y la de **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.** ha sido consistente con el precio arriba del promedio, mientras que **HARINAS PANAMA**, se ha estado ubicado bastante cerca del promedio y **ORO**

DEL NORTE ha vendido a precios por arriba del promedio, que no existe evidencia o existencia de un documento de algún acuerdo, contrato o documento entre las cuatro empresas para convenir aspectos relacionados con la producción, procesamiento, distribución y comercialización de la harina de trigo a partir de la vigencia de la Ley 29 de 1996, ni intercambio de datos relacionados con los precios de ventas, ya que existe falta de uniformidad en la política de cada una sobre los controles y registros para la determinación, fijación y evaluación de sus precios de ventas; que las fluctuaciones de precios entre las empresas son visibles y que también la cartera de clientes es fluctuante y que no se ha mantenido el porcentaje de producción como lo señala la parte actora.

Por su parte los peritos Alberto Tile y Juan Pablo Crostón, de la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, (fs.4087 y ss), señalan que las empresas demandadas no importan harina de trigo y derivados de trigo a Panamá, presentando un cuadro de la importación de trigo del periodo comprendido de 1996 a 2001 por las cuatro empresas, indicando que hay variaciones tanto en las importaciones de harina de trigo duro como en la producción de la harina industrial, e igualmente se dan variaciones en los otros productos derivados del trigo importado y todos los productos son susceptibles a los cambios en el comportamiento en el mercado y estrategias competitivas. Igualmente indican que la cifra comparativa de la producción de las cuatro harineras indican que la producción de **ORO DEL NORTE** ha sufrido aumentos y disminuciones en su participación de la producción por año y las mencionadas variaciones tienen un rasgo de 31.7% a 33.6% o sea, una desviación de 1.9 puntos porcentuales como consecuencia del comportamiento del mercado y la competencia, al igual que los precios promedio de venta que han sufrido variaciones mes a mes y año a año, los cuales son consecuencia de la demanda del producto, estrategia de venta y mantenimiento de la competitividad, para señalar finalmente que la producción de **ORO DEL NORTE S.A.**, no se ha mantenido en forma inalterable y que vende sus productos en áreas geográficas que

son también servidas por las otras empresas que fabrican harina de trigo y otros derivados.

El perito Cristóbal Hidalgo, nombrado por el Tribunal presenta su informe (fs.4213-4221), señala en su dictamen 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, que los precios de los productos derivados del trigo de **ORO DEL NORTE, S.A.**, han variado a partir de noviembre 1996 principalmente en rebajas; que la producción de la empresa no se ha mantenido en forma inalterable y que ésta vende sus productos en diferentes partes del territorio nacional, conceptos estos que también señalan en su informe, los peritos Eugenio Torres y Carmen de Camarena de **ORO DEL NORTE, S.A.** (fs.4222-4233).

Por otro lado, Pedro Sánchez, perito del Tribunal, señala en su informe sobre el peritaje llevado en las instalaciones de **ORO DEL NORTE, S.A.**, que no encontró ningún contrato o documento que demuestre la existencia de acuerdo entre las cuatro empresas demandadas con relación a producción, procesamiento, distribución y comercialización de la harina de trigo, al igual que no hay constancia de intercambio de datos o repartición de las ventas, y que tampoco existe en **ORO DEL NORTE, S.A.**, una politica sobre fijación de precios de ventas, ya que se basan en el costo del trigo y de producción así como la oferta y la demanda para hacer cualquier cambio en los precios de venta en los productos.

Seguidamente los peritos Humberto Castillo y Yadira Almario, presentan su dictamen pericial de (fs.4263 a 4261), señalando que la empresa **ORO DEL NORTE, S.A.**, representaba el 14% de la producción nacional para el año 1996 y 17% para el periodo 1997-2000, indican las variaciones en las importaciones durante el periodo señalado en las importaciones de trigo por **ORO DEL NORTE, S.A.**, así como las variaciones

en la producción de harina dura y harina suave, con relación a los precios señalan algunas cifras referentes a las variaciones y que el precio de 17.25 el quintal, la empresa sólo lo factura para sus grandes compradores puesto que se observan precios mayores en el resto de la facturación.

Los peritos Julio Córdoba y Damián Alvarado, de **HARINAS PANAMA, S.A.**, presentan su dictamen (fs.4428-4430), señalando que no existen controles en la producción de la empresa que hagan inferir una posible repartición del mercado, de modo similar al dictamen practicado por el perito Ricardo Herrera (fs.4431-4433), quien desglosa las diferentes etapas de actividad de la empresa, añadiendo, que este proceso es muy difícil de ser manipulado, ya que es una producción continua y la planificación depende directamente de la existencia de productos terminados, que se encuentran en los almacenes y se realiza diariamente, por lo cual no existen controles en la producción que determinen una repartición del mercado.

Los peritos Ignacio Romero y Rigoberto de la Rosa, metrólogos designados por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** (fs.4434), dictaminan que no se puede determinar una repartición del mercado evaluando controles dentro del proceso de producción, sin embargo si existiese, sólo estaría en la mente de los que tienen el poder de tomar decisión de cuando, cuanto y qué productos producir, y sólo puede esto estimarse a través de la evaluación comparativa de la variable producción, dentro de un contexto de mercado donde el comportamiento de la producción, de **HARINAS PANAMA, S.A.**, antes de que saliera al mercado **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, y **ORO DEL NORTE, S.A.**, comparado con las otras producciones de sus competidores, con la demanda, la oferta, la capacidad de producción, costos de producción, precios de ventas y otras variables independientes para ilustrar si existe o no un comportamiento colaborativo.

Es pertinente señalar que todos los peritos comparecieron al Despacho Judicial a llevar a cabo la diligencia de ratificación y someterse al interrogatorio de las partes, con relación a las conclusiones que presentaron en sus dictámenes, lo cual permitió que en algunos casos se aclararan algunas dudas, se hiciesen explicaciones adicionales sobre aspectos no contemplados en el dictamen y algunos conceptos fueran debidamente aclarados.

Todas las pruebas periciales demuestran que no se encontró evidencia o prueba directa de la existencia de un acuerdo de precios entre las sociedades demandadas, o un acuerdo para repartirse el mercado o limitar su producción, lo cual fue determinado por los peritos del análisis de los documentos y las inspecciones realizadas en las sociedades demandadas.

En ese sentido, se determinó que los precios que cobra cada una de las empresas harineras, así como sus volúmenes de producción y venta, son variables y que algunas han aumentado su capacidad de producción, en lo cual han sido coincidentes tanto los peritos de las partes como los peritos del Tribunal, sin embargo lo anterior no significa por sí mismo que pueda concluirse que no se han producido las prácticas ilícitas investigadas, ya que el hecho de que no se haya mostrado una paridad o igualdad en los precios y en los volúmenes de producción y ventas de forma sostenida, no es indicativo de que no se hayan producido las prácticas ilícitas investigadas, pues un acuerdo o concertación, puede manifestarse a través de variaciones mínimas en dichos aspectos sin que se haya comprobado que tal situación obedece a razones de mercado, además de que el caudal probatorio de carácter pericial, independientemente de lo que demuestre no suele constituir plena prueba, por lo que debe ser correlacionado con las otras pruebas practicadas.

VALORACION DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS

Dentro de los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia se ha cuestionado la validez probatoria de los documentos que fueron recabados por la **CLICAC** en las diligencias de aseguramiento de pruebas, sobre la base de que se trata de pruebas que violan los principios del debido proceso, de bilateralidad del proceso, del contradictorio, etc., al igual que de los testimonios que se practicaron en dicha diligencia y que no fueron practicadas personalmente por los comisionados de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** y por tanto son ilícitas, a lo cual el Tribunal debe formular las siguientes consideraciones:

La Ley 29 de 1996, en su articulo 141, numeral 7, asigna competencia exclusiva y privativa a los Tribunales especializados creados por dicha Ley, para "conceder autorizaciones a la Comisión para practique diligencias probatorias, exámenes de documentos privados de empresas, allanamientos y cualquier otra medida que esta solicite en el curso de una investigación administrativa o para el aseguramiento de pruebas", por lo cual el Tribunal de primera instancia mediante Auto No.628 de 23 de octubre de 1997 y Auto No.696 de 30 de octubre de 1997, autorizó la práctica de tales pruebas en las empresas **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, **HARINAS PANAMA, S.A.**, **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, y **ORO DEL NORTE, S.A.**

Anexo al expediente principal se encuentran los expedientes que contienen toda la documentación que obtuvo la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, en el ejercicio de la autorización concedida por el Juzgado de primera instancia y que fueran admitidos como prueba por dicho Tribunal, mediante el Auto No.352 del 22 de mayo de 2001, como bien se explica en dicha resolución que reposa de fs.967 a 1037 del expediente, el cual fue objeto del recurso de apelación por las

sociedades demandadas y debidamente confirmado mediante Auto del 3 de enero de 2002, proferido por esta Sala de Decisión, que se manifestó de acuerdo con el criterio de la Juez a-quo, por lo cual todo argumento en contra de la validez probatoria de toda la documentación indicada, debe referirse no al criterio de admisibilidad de la prueba, sino al criterio de la valoración de la prueba que forma parte también del principio del derecho a la prueba que rige en materia procesal.

Igual consideración debe hacerse con referencia al Informe elaborado y suscrito por las Direcciones Financiera, Económica y Legal de la **CLICAC**, sobre el resultado de la investigación administrativa llevada a cabo en contra de las sociedades demandadas en fecha 6 de diciembre de 2000, ya que dicha prueba fue admitida en el Auto que resolvía el tema de prueba y también confirmado por esta superioridad jerárquica, bajo el parámetro de que son pertinentes y derivan de la investigación administrativa autorizada por el Tribunal de primera instancia, y en todo caso lo que debe discutirse es su valor probatorio, dentro de las consideraciones utilizadas por la Juez a-quo, para decidir el presente proceso.

De igual forma no está demás recordar, que las objeciones formuladas a los peritos de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** por su condición de servidores públicos lo que a juicio de los recurrentes afecta su imparcialidad, no pueden ser estimadas, toda vez que el artículo 1055 del Código Judicial autoriza a los servidores públicos para intervenir en los procesos como peritos, cuando deban hacerlo por razón de su empleo, con lo cual no queda duda de la validez de las pruebas periciales de la demandante, lo cual también fue resuelto de forma previa por este Tribunal en el Auto del 3 de enero de 2002.

Algunos de los señalamientos hechos por la parte recurrente se refieren a la indebida valoración del material probatorio aportado al

proceso, criticando el sistema adoptado por la Juez de primera instancia respecto a que no se ajusta a la regla de la sana crítica, entendiendo como tal, aquella en que se observan las leyes lógicas del pensamiento con una secuencia razonada y que sea correspondiente con la prueba de los hechos que dan motivo al proceso.

En esencia, la sana critica provee reglas que son máximas de la experiencia judicial, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las pruebas susceptibles de ser valoradas. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero si han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo asi podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos, la razonabilidad de la declaración de hechos probados.

Recordemos que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos en la Ley sustancial para lo cual se hace necesario que el Juez conozca los hechos que sustenten aquellos derechos consagrados en la ley sustantiva, ya que son esos hechos los que representan la concreción de la hipótesis contenida en la norma respectiva y es a partir de ahí, que el Juez debe pronunciarse en cuanto al reconocimiento de los derechos y como quiera que no participó en la realización de tales hechos, el proceso debe encaminarse a reconstruirlos para decidir acerca de lo pedido y frente a ese panorama el Juez debe valorar los medios de prueba utilizados por las partes y por él Tribunal, que contribuyan a formarle convicción, como bien lo señala el articulo 780 del Código Judicial.

Es por ello que una vez reunidos todos los elementos que intentan acreditar la realización de los hechos alegados por las partes, debe el Juez declarar el derecho y es allí donde emerge la valoración de la prueba, como elemento esencial de la actividad probatoria del proceso e imprescindible en la toma de decisión del Juez, ya que ante los

elementos recabados para acreditar la existencia de los hechos, el Juez debe manifestar su convencimiento acerca de la ocurrencia o no de tales hechos.

Es por ello que la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, tiene que ser entendida como un sistema donde el Juez valora la prueba en base a las reglas de la razón, la lógica y la experiencia, que a juicio del Juez sean aplicable al caso, de allí que al sistema se le denomine "apreciación razonada", donde existe mayor libertad para el Juez en la apreciación de la prueba, como bien lo señala Sentis Melendo al señalar **"que aquí no necesita el juez de profundos conocimientos de derecho; se trata, sencillamente, del juez con buen criterio, de aquel en quien predomina la rápida intuición humana sobre las dotes de inteligencia, el juez que tiene el sentido de justicia mediante el cual se aprecian los hechos y se siente rápidamente de qué parte está la razón"**. (Citado por: Casimiro Varela. Valoración de la Prueba. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 1999. Pág.160).

Ahora bien, en la apreciación de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, no debe entenderse que existe una libertad amplia para el Juez o un criterio totalmente subjetivo, lo cual podría llevar a cometer arbitrariedades que afectarían el principio de contradicción y los derechos de defensa, por lo cual la sana crítica conlleva el cumplimiento de los requisitos tales como: que las pruebas deben obrar válidamente en el proceso, esto es haber sido admitidas y practicadas con arreglo a la Ley; que el Juez deba examinar la prueba racionalmente conforme a las normas de la lógica y de la experiencia; la apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y motivarse en la sentencia y un examen en conjunto, con el análisis probatorio de cada medio en particular.

En ese sentido la Juez de primera instancia en su sentencia concluye que no existe en el proceso una prueba directa de las prácticas

que se acusan, ya que no existe un contrato o documento escrito en que las demandadas hayan dejado constancia de acuerdo, obligaciones y compromisos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1° de febrero de 1996 y señala que a su juicio producto de las piezas que obran en el expediente, se percibe una colusión del tipo del cartel y una estrecha colaboración y actuación colusiva de las empresas demandadas, que permite constatar que los agentes económicos no hicieron sus elecciones de estrategias en forma aislada, por lo que valorando el caudal probatorio en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, afirma la existencia de prácticas monopolísticas y así lo declara.

Es en contra de estas conclusiones que las sociedades demandadas en sus alegatos de apelación indican que se ha dado una indebida valoración de la prueba acreditada en el proceso, ya que las pruebas periciales demuestran que durante el período investigado las sociedades demandadas tuvieron variaciones en los precios en que ofertaban sus productos, su volúmenes de ventas, también tenían variaciones entre una y otra, que en algunos casos no había tal capacidad ociosa de las empresas y cuando la existía era atribuible a otros factores, que no existía una política de precios o de producción donde las decisiones se tomarán de forma compartida, ya que no existían tales políticas y que igualmente los productos de las empresas harineras, se vendían en todo el territorio nacional y no en determinadas áreas geográficas, por lo que no había tal repartición del mercado y que no se encontró a través de los peritajes la existencia de algún acuerdo, contrato o convenio que acreditara las imputaciones que la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** formula en su demanda a las sociedades demandadas.

Igualmente, los recurrentes recalcan que las pruebas testimoniales recibidas durante el proceso demuestran que no había tal cooperación, órdenes o disposiciones entre las sociedades demandadas para mantener sus precios, limitar el volumen de su producción y vender solamente en

determinadas áreas geográficas del país, como resultado de un acuerdo para restringir la competencia entre ellas, pero esas pruebas testimoniales básicamente son las de los funcionarios o empleados que laboraban a nivel gerencial, administrativo, ejecutivo, de supervisión o ventas de las empresas harineras y clientes de éstas.

Si examináramos separadamente cada uno de los medios de prueba tendríamos que deducir que si hay prueba de que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1° de febrero de 1996, existía un acuerdo entre las sociedades demandadas a través del cual se comprometieron a establecer acuerdos de precios para la harina de trigo en el mercado nacional, repartirse el mercado nacional en porcentajes de ventas y establecer un mecanismo de control mediante un auditor contralor para el cumplimiento del acuerdo, que las propias demandadas han aceptado que existió, pero alegando como defensa que no se implementó, otros señalan que no se renovó y otros que no se ejecutó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1° de febrero de 1996.

Este primer aspecto permite precisar que en un primer momento sí existía una conducta restrictiva de la competencia por parte de las sociedades demandadas, pero no sujeta a la aplicación de las disposiciones de la Ley 29 del 1° de febrero de 1996, ya que ésta no había entrado en vigencia, por lo que quedaba sujeto a prueba, si tales actos se siguieron realizando con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de defensa de la competencia en el mes de noviembre de 1996, para lo cual efectivamente no se encontró dentro de las pruebas documentales, una prueba directa, de la comisión de la conducta imputada.

Sin embargo, del análisis del vasto material probatorio documental obtenido en las diligencias de aseguramiento de pruebas llevadas a cabo por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** en las

empresas demandadas, que como ya se ha indicado fue admitido como prueba dentro del proceso y por tanto quedaba sujeto a la valoración del Tribunal, se infiere que si se daban actos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996 de colaboración, comunicación, reuniones, acuerdos y cruce de correspondencia por diferentes vías, que acreditan el despliegue de conductas que permiten inferir la existencia de concertaciones relativas al precio, volúmenes de producción, participación de mercado y distribución, por parte de las empresas demandadas en el mercado de la harina de trigo.

No existe otra explicación que pueda sustentar o indicar algo contrario al acuerdo o concertación entre las harineras cuando constan en las pruebas documentales, correos electrónicos, cartas, faxes, etc., que personal directivo y funcionarios de las demandadas aluden a situaciones tales como: reunión de la industria harinera llevada a cabo el 13 de noviembre de 1996 (fs.45-46) del expediente de aseguramiento de prueba practicado en **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**; Memorándum dirigido por Roberto Lombana vía fax a Tirso Wolfschoon, Alejandro Lorenzo y David Virzi, el 22 de noviembre de 1996, donde señala "tal como conversáramos en la última reunión (INDUSTRIA HARINERA), estamos de acuerdo en que se proceda con el Estudio de Mercado. Sin embargo, para nosotros se hace necesario una actualización de ambas ofertas. Esto no influye en nuestra decisión de seguir con el proyecto"; Memorándum dirigido por Roberto Lombana a la Junta Directiva de **HARINA DEL ISTMO, S.A.** (fs.62-64), del expediente de aseguramiento de prueba con fecha 30 de diciembre de 1996, donde se indica "durante el mes de octubre y noviembre, mantuve varias reuniones con los señores Virzi, acordamos no atacarnos, no bajar precios, sin embargo ellos bajaron precios y nos han atacado en el interior y algo en la ciudad...".

De igual forma en el expediente de aseguramiento de prueba practicada en **GOLD MILLS DE PANANA, S.A.**, encontramos a fs.1994 el

memorándum dirigido por Nelly Healy de 11 de marzo de 1997 al Sr. Alejandro Lorenzo, donde entre otras cosas se señala "los puntos No.1, 3 y 4 serian solo temporalmente hasta compensar", "se que estas cosas no deben quedar por escrito, pero este documento lo destruiré por mi cuenta y podemos trabajar sobre el que te estoy enviando"; memorándum de 27 de octubre de 1997 dirigido por Nelly Healy a Alejandro Lorenzo donde señala "nos vamos acercar a Panificadora La Favorita para ver si el tiempo es propicio para una propuesta indecente. Esto es algo en lo que trabajaremos a partir de hoy"; memo dirigido por Alvaro Hernández a Alejandro Lorenzo, donde se señala "**HARINAS DEL ISTMO** ha solicitado que le alquilemos silos para almacenar 1,200TM de trigo primavera que llegará en una semana, favor indicar posibilidad y precio de alquiler. Igualmente, propusieron el que ellos se cobrarán del siguiente embarque, fechado 7 de enero de 1997 (fs.1996); Nota dirigida por Roberto Lombana al gerente general de **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.** con fecha 15 de enero de 1997 a (fs.2000); memorándum de Angel Carreiro, gerente de mercadeo y venta de **HARINAS PANAMA, S.A.**, dirigido a Moltrigo de fecha 27 de enero de 1997, donde se refiere a la aprobación del costo de estudio de mercadeo y la forma en que sería pagado por las cuatro empresas demandadas; memorándum del 12 de septiembre de 1997, dirigido por Alejandro Lorenzo a Nelly Healy, donde señala "la idea es que HP se nivele y que nosotros compensemos...", "me reportan los vendedores que **HARINAS PANAMA**, está sumamente agresivo visitando TODOS los clientes. Esto era de esperarse, pero también me reportan que **HARINAS DEL ISTMO**, lo está igualmente aquí en Panamá y en Chiriquí **ORO DEL NORTE** está vuelto loco", "nosotros seguimos sin actuar, tal como quedamos. Sin embargo, debemos evaluar nuestra situación para mantenernos en equilibrio..." (fs.2080); Nota del 6 de mayo de 1997, dirigida por Alberto Eleta al señor Carlos Eleta referente a la gestión con GRUMA, S.A. de MEXICO, (fs.2087); memorándum de Roberto Lombana para Alejandro Lorenzo, David Virzi, Tirso Wolfschoon, Don Benjamín y Marcos Fraynd, fechado 11 de junio de 1997, donde se señala "a panificadoras

involucradas (Moderna, Favorita, Santa Librada, Riba Smith, Abeja, etc.), intentaron negociar que no se mencionaran los precios a que compran o que cada molino le otorgue para mantenerlo como su cliente en el mercado en el cual los miembros estamos todos los días. Primero para no quedar ello como cartel, no reportar precios reales y la posibilidad de perder argumentación y/o credibilidad ante un enfrentamiento..."

También tenemos en el expediente que contiene la documentación recabada en **HARINAS PANAMA, S.A.**, la nota enviada por Tirso Wolfschoon gerente general de **HARINAS PANAMA, S.A.**, a Roberto Lombana gerente general de **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, de fecha 14 de abril de 1997, referente al pliego de cargos y especificaciones para una licitación (fs.3002), y otra en el mismo sentido con fecha 4 de septiembre de 1997 (fs.3013-3014) y el memorándum del 10 de junio de 1997 dirigido por Roberto Lombana a Alejandro Lorenzo, David Virzi, Don Benjamín, Marcos Fraynd, y las notas enviadas por Tirso Wolfschoon al señor David Virzi, fechada 15 julio de 1997 y otra fechada 30 de junio de 1997 que se encuentran de la fs.1359 a 1361 del expediente de aseguramiento de prueba practicado en **ORO DEL NORTE, S.A.**, todas estas comunicaciones de las cuales sólo hemos extraído, las que tienen fecha posterior al mes de noviembre de 1996 en que entró en vigencia la Ley 29 de 1996, reflejan diáfanamente que si existían comunicaciones, intercambio de información, acuerdos, pactos o convenios entre empresas que debían ser competidoras entre sí, y un actuar de un modo colaborativo en diferentes aspectos relacionados con los precios, volumen de ventas, volumen de producción y lugares de distribución del producto, las cuales son pruebas documentales admitidas por el Tribunal de primera instancia y obtenidas por la vía procesal que indica la Ley 29 de 1996 y a las cuales corresponde darle valor probatorio, aún cuando se trate de documentos privados que constan en fotocopia, las cuales ameritan ser apreciadas por el Juez como medio de prueba conforme lo dispone el artículo 875 del Código Judicial, en base a las reglas de la sana crítica.

Es conveniente señalar que el artículo 11 de la Ley 29 de 1996, enumera las conductas que constituyen prácticas monopolísticas absolutas, pero tal enumeración no tiene un carácter taxativo, dentro de la cual están plasmadas las llamadas prácticas horizontales o colusorias que se definen como "...**una situación en la cual una serie de firmas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo.**

La colusión se da entre firmas que se encuentran en el mismo estadio de la cadena de producción o distribución, es decir que compiten entre ellas. Puede ser explícita o tácita, según que la conducta esté manifestada en un acuerdo o surja de comportamientos paralelos de las firmas.

La literatura económica caracteriza a esta solución como "soluciones cooperativas o carteles", conductas que son favorecidas por una estructura de mercado interdependiente por el número limitado de empresas (oligopolio)". (Martínez Medrano, Gabriel. Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia. Editorial Depalma, 2002, Pág.76).

Así tenemos, que los supuestos enumerados en el artículo 11 son ejemplos de conductas anticompetitivas, a través de las cuales, se logran encuadrar algunas de las conductas que se consideran restringen la competencia, de allí que del tipo de la norma se abren diferentes posibilidades cuando indica "cualesquiera combinaciones, arreglos, convenios o contratos entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores...", para posteriormente establecer los verbos a través de los cuales se pueden lograr los efectos que la norma prohibe, el primero de los cuales se refiere 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, el cual a juicio de esta Sala de Decisión ha sido comprobado en cabeza de las sociedades demandadas a través del material probatorio aportado, lo que constituye una conducta contraria a la competencia y el funcionamiento eficiente

del mercado, siendo que a este último le corresponde enviar lo que se conoce como las "señales", que producto de la oferta y demanda determinarán la fijación de precios por cada agente económico en particular, por lo que un acto contrario a esta situación constituye una concertación de precios que produce una colusión de carácter horizontal.

Otro aspecto importante es que se ha comprobado en el proceso el intercambio de información entre las sociedades demandadas, por lo que debe quedar claro, que tal acto por sí mismo no es ilícito, salvo cuando el mismo se realiza, como en este caso, con el objeto o efecto de fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes y servicios, ya que la conducta ilícita es el acuerdo de precios, que constituye una afectación contraria al interés económico en general.

El numeral 2 del art.11, también tipifica el acuerdo entre agentes económicos competidores para limitar su producción, procesamiento, distribución o comercialización, como un acto ilícito contrario a la competencia, ya que a través de los mismos ésta se limita en cantidad y se evita la caída o disminución de los precios, de lo cual dan cuenta las pruebas documentales y periciales que se han aportado en el proceso, que reflejan que las empresas demandadas actuaban en un nivel igual de producción en el mercado, dentro del mercado de las harinas derivadas del trigo, donde la participación en el mercado por parte de las competidoras se ha mantenido en términos estables, sin que se hayan establecido variaciones significativas, lo cual no ha podido ser comprobado obedezca a otros factores.

Por otro lado, ha quedado acreditado en autos la participación del señor **Bienvenido Saucedo**, como contralor, supervisor, de las prácticas llevadas a cabo por las sociedades demandadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996 y así se refleja en los diferentes comprobantes de cheques a él pagados por las empresas harineras, con posterioridad al mes de noviembre de 1996 como se observa

en los expedientes que contienen las medidas de aseguramiento de pruebas practicadas en **HARINAS DEL ISTMO, S.A.**, de (fs.288 a 299 y de fs.90 a 108), situación que también se comprueba en el expediente que contiene las pruebas recabadas en la sociedad **ORO DEL NORTE, S.A.**, con los documentos que reposan de (fs.1792 a 1798); los pagos hechos por la sociedad **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A.**, a fojas 2030 a 2035, 2146 a 2149 y también por la sociedad **HARINAS PANAMA, S.A.**, que se observa a fs.3297, 3102, 3298, 3105, 3134, todos en concepto de honorarios profesionales, lo cual permite inferir que la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA**, y el Señor **Bienvenido Saucedo Rodríguez**, si participaron como colaboradores en las prácticas acusadas desplegando labores de coordinación, control y supervisión del intercambio de información y cumplimiento de acuerdo entre las sociedades demandadas, tenientes a restringir la competencia, ya que a pesar de la negativa de las sociedades demandadas, no hay evidencia en el proceso que demuestre la razón que justificaba dichos pagos al señor Saucedo.

Con relación a la participación de la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO**, podemos señalar que la doctrina se ha pronunciado sobre la actuación de las Asociaciones de Empresarios y Profesionales indicando: **"Un tema que suele cobrar relevancia adicional en el encuadramiento jurídico de los casos de colusión es la acción de las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales. Este tipo de instituciones, cuyo objetivo principal es asumir la representación de un sector en sus reclamos y negociaciones con el gobierno y con los sindicatos de trabajadores, así como propender al mejoramiento de las actividades a las que se dedican sus miembros, suele servir en ciertas circunstancias como el instrumento más eficaz (y, a veces, indispensable) para llevar a cabo prácticas de carácter colusivo. Así, ciertos acuerdos de precios y cantidades o repartos de mercados pueden surgir de disposiciones emanadas de una cámara o asociación empresaria o profesional, la cual puede tener también la función de "vigilante del**

cartel", detectando los incumplimientos y sancionando a las empresas o profesionales que se apartan del acuerdo colusivo prescrito. Las asociaciones pueden cumplir también un papel menos activo pero igualmente importante, como lo es el de facilitar la comunicación entre las empresas de un sector y la de difundir los acuerdos entre ellas.

El empleo de cámaras y asociaciones para llevar a cabo acuerdos colusivos tiene sin embargo el inconveniente (que para las autoridades de defensa de la competencia deviene en ventaja) de volver explícitas y abiertas colusiones que en otro contexto quedarían encubiertas. Esto hace que muchos casos de colusión en distintos países hayan implicado sanciones a cámaras y asociaciones empresarias y profesionales, y que parte de los recursos de las agencias antitrust se dedique al monitoreo de este tipo de instituciones". (Germán Coloma. Defensa de la Competencia. Argentina. Editoral Ciudad Argentina. 2003. Pág.88-89). Este Tribunal es de la convicción que el criterio plasmado concuerda con la situación comprobada en el presente proceso.

Todo lo anterior comprueba que los agentes económicos investigados no adoptaban sus estrategias comerciales de forma separada e independiente, por el contrario existía entre ellos una estrecha colaboración a través de la cual se realizaba intercambio de información, se vigilaba el comportamiento del mercado, se hacían compras de la materia prima de forma conjunta, utilizaban foros para las discusiones y acuerdos, se dividían los pagos al supervisor o vigilante del cartel, y cada una de las sociedades demandadas tenía conocimiento y poseía en su poder documentación referente a las actividades de sus competidoras, lo que permite concluir la existencia de las conductas señaladas en la demanda, básicamente la realización de prácticas monopolísticas absolutas contempladas en el art.11 en la Ley 29 de 1996.

Estas prácticas monopolísticas conocidas como prácticas horizontales colusivas recaen principalmente en materia de acuerdo de precios, acuerdos para determinar los volúmenes de producción y la

repartición del mercado, conociendo que dichos acuerdos se realizan de manera conjunta a través de la fijación de precios uniformes entre los competidores, o bien estableciendo el tope máximo o mínimo del precio que se ofertará. En otras ocasiones la práctica se concreta mediante acuerdos, a través de los cuales las empresas limitan su volumen de producción a cantidades preestablecidas, lo que conlleva una repartición del mercado de acuerdo con las participaciones preestablecidas en cantidades por cada uno de los infractores, y en otros el reparto se hace a través de ciertas áreas geográficas, que una vez asignadas impide que los competidores oferten sus productos a los clientes en desmedro del infractor al cual se le ha asignado dicha área.

Es cierto que muchos de estos acuerdos cuando no se realizan de forma explícita o no pueden comprobarse a través de un documento u otra prueba directa, se realizan de un modo o una forma que a veces es difícil de detectar, que como ha ocurrido en este caso, se ha utilizado a una entidad o a una asociación para realizar el intercambio de información sobre precios, volúmenes de ventas, cantidades entre competidores, etc., lo que constituye una forma de encubrir la concertación destinada a restringir la competencia, que conforme al artículo 11 de la Ley 29 de 1996, es una práctica monopolística absoluta y por ende nula por sí misma independientemente de considerar los posibles efectos económicos negativos.

Como bien se señala en la sentencia, el artículo 11 de la Ley 29 de 1996, establece distintas situaciones que pueden llevar a las prácticas monopolísticas absolutas, ya sea combinaciones, arreglos, convenios o contratos, en el presente caso no se ha encontrado el documento que acredite tal hecho, más sin embargo respecto a sus consecuencias tenemos el mismo efecto por lo que en cuanto a su realización, no exige la Ley 29 de 1996, se realice a través de un documento formal, sino que su existencia puede ser de carácter consensual o verbal, que si bien no puede ser comprobada a través de prueba documental directa, sí puede

hacerse a través de otros medios de pruebas.

En ese sentido la doctrina establece que, **"Otra distinción aplicable a los casos de colusión, que suelen hacer las legislaciones y jurisprudencia de defensa de la competencia, es la que separa los casos de "colusión abierta" (overt collusion) de aquéllos de "colusión encubierta" (covert collusion). Los primeros se refieren a situaciones en las cuales la colusión se manifiesta a través de un contrato concreto (y, en ciertos casos, documentado) entre las empresas participantes, por el cual se acuerda no competir en ciertos aspectos. La colusión encubierta, en cambio, tiene lugar cuando el contrato no es explícito o es de imposible prueba, pero los distintos partícipes del acuerdo colusivo operan como si el mismo existiera. La distinción jurídica entre colusiones abiertas y encubiertas tiene relación con la distinción económica entre colusiones explícitas y tácitas, si bien muchas veces colusiones que se supone que son explícitas aparecen encubiertas por cuestiones de falta de pruebas".** (Germán Coloma. Defensa de la Competencia. Argentina. Editorial Ciudad Argentina. 2003. Pág. 87).

Es por ello que, esta Sala de Decisión comparte el criterio plasmado en la sentencia de que aún frente a la falta de prueba directa de la existencia del acuerdo entre las empresas harineras, las pruebas de indicios y de presunciones, como medios de pruebas admitidos por la Ley procesal, contribuyen a formar la convicción en el juzgador, sobre la existencia o no de un hecho.

En materia procesal, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del Código Judicial, todos los hechos requieren ser probados y en este caso recaía sobre la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, la carga de la prueba de los hechos plasmados en su demanda y en ese sentido dentro del cúmulo de pruebas documentales, testimoniales, de informes y periciales ya hemos señalado, se ha comprobado de forma

indirecta el comportamiento de las demandadas y su intercambio de información, siendo que la prueba testimonial proveniente de los funcionarios y clientes de las demandadas, dificilmente pudiera servir para acreditar tal hecho, además de que la actuación que configura la práctica restrictiva se toma en un nivel de decisión elevado, mal pueden los empleados y clientes conocer de su existencia, mientras que las pruebas periciales acreditan una fluctuación de precios que siempre mantiene ciertos márgenes de diferencias entre las empresas que se ha comprobado es una fluctuación muy débil, al igual que la participación en el mercado de las demandadas que se ha mantenido más o menos estable, todo lo cual permite comprobar los hechos que llevan a través de la prueba indicio a comprobar la existencia de otros, que consisten en un acuerdo o concertación para restringir la competencia entre agentes económicos competidores, los cuales al ser reunidos no permiten concluir que los mismos obedezcan a otros factores que no sean la práctica ilicita.

El Código Judicial, en su artículo 982 señala que un indicio es cierto hecho que indica la existencia de otro y para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso, es por eso que los hechos comprobados en este proceso que analizados independientemente no acreditan de modo directo la conducta restrictiva de la competencia de las sociedades demandadas, pero al ser relacionados en su conjunto, todos los hechos acreditados permiten inferir la existencia de otro hecho, esto es la práctica monopolística absoluta realizada.

Tal y como lo señala Martinez Medrano, **"La mayor fuerza probatoria de los indicios dependerá de su gravedad, concordancia y convergencia. Se ha dicho que no basta que los indicios aparezcan en número plural, sino que es indispensable que, examinados en su conjunto, produzcan la certeza sobre el hecho investigado y, para que ello se cumpla, se requiere que sean graves, que concurran armónicamente a indicar el mismo**

hecho, lo cual permitirá formar presunciones que converjan en el convencimiento de la realización del hecho desconocido (Martínez Medrano. Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2002. Pág.57).

A tal situación se refiere el Decreto Ejecutivo No.31 de 3 de septiembre de 1998 cuando alude a los elementos indicativos de la existencia de una práctica monopolística absoluta entre dos o más agentes económicos competidores, al señalar que pueden constituirse a través de una coordinación entre los agentes económicos en lo referente a la estructura de precios, los costos y el precio de referencia internacional; cuando se mantengan o varien en la misma proporción sus precios sin que dicho comportamiento responda a cambios en las preferencias de los consumidores o en los costos comunes de los productores o proveedores, y cuando las asociaciones de agentes económicos emitan instrucciones o recomendaciones a sus agremiados que conlleven a fijar, manipular, o concertar el precio de venta o compra de bienes. Estos elementos que hemos reseñado se han extraido sólo en lo referente a los aspectos que vinculan a las demandadas con la conducta ilicita.

En este caso, se han utilizado medios de acreditación a través de pruebas documentales de carácter privado que no hacen plena prueba, pero que constituyen un indicio que requiere ser complementado junto con otras pruebas, y es allí donde las pruebas periciales han acreditado la baja variación de los precios entre las empresas competidoras, la cual no se ajusta a razones del mercado, todo lo cual conlleva a establecer que sí existía una coordinación entre las empresas que sustituyó de modo consciente, los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas, por lo que la prueba de esa cooperación aunque sea de carácter informal, concreta la existencia de un acuerdo o convenio que analizado con la variación de los precios que emanan de los dictámenes periciales, llevan a concluir que efectivamente se concretó la práctica

monopolística absoluta por parte de las empresas hemineras con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1996.

El Código Judicial en su artículo 780, señala que sirven como medio de prueba, además de los medios indicados en la norma, cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del Juez, admitiendo la Ley procesal en el artículo 785 a las presunciones, cuando los hechos en que se funden estén debidamente acreditados, entendiendo por presunción aquella que permite inferir de un hecho conocido la posibilidad de que conforme la regla de la lógica y de la experiencia, exista otro hecho desconocido, de donde surgen algunas similitudes entre la prueba de indicios y las presunciones, pero que difieren en que mientras la presunción es un razonamiento que puede ser legal o judicial, el indicio es un hecho que debe ser debidamente probado en el proceso a través del cual nos lleva a otro hecho desconocido.

En el presente caso en la sentencia de primera instancia se alude a la prueba de presunción, como una prueba común en esta clase de procesos, que a juicio de la Juez a-quo comprueba la conducta imputada a las demandadas ante la falta de una prueba directa, lo cual permite inferir que se ha hecho uso de una presunción de carácter judicial, que es aquella que elabora el Juez y que le ayuda para valorar las pruebas, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, más sin embargo la misma no debe ser confundida con los indicios, ya que aún cuando la Juez a-quo recurra a ella para a través de un proceso de inducción llegar a conclusiones sobre un hecho, esa actividad subjetiva y voluntaria del Juez puede ser peligrosa al momento de valorar las pruebas.

Es por ello que somos del criterio que realmente el material probatorio aportado al proceso lleva a concluir a través de la prueba de indicios y no de las presunciones, la existencia de los hechos ilícitos, ya que a través de los hechos probados (hechos conocidos), con la prueba

de indicios conforme lo dispone el artículo 982, se concluye la existencia del hecho principal objeto del proceso, como bien lo señala la doctrina: **"El indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial o de hombre consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados, que le permiten al juez darle valor probatorio a aquél, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata". La presunción judicial sirve de razón para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios y, por tanto, no puede confundirse con éstos".** (Jairo Parra Quijano. Tratado de la Prueba Judicial, Indicios y Presunciones. Tomo IV, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 2001. Pág. 210.).

Y es que la prueba de indicios adquiere valor con el conjunto de las pruebas aportadas y valoradas por medio de las cuales, a través de un hecho probado se llega a un hecho indicado, a través de la regla de la experiencia, mediante un proceso indo-deductivo, es decir, es un medio o instrumento que permite comprobar la realización de un hecho, previa la comprobación de otros hechos, prueba que en esta clase de situaciones es de mucha utilidad para el juzgador.

LEGITIMACION DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR Y U.N.C.U.R.E.P.A. PARA DEMANDAR EL TRIPLE DAÑO.

El segundo aspecto a determinar en esta segunda instancia, dentro del presente caso se refiere a la legitimación o no de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, para demandar daños y perjuicios derivados de las prácticas monopolisticas absolutas que han sido comprobadas en el proceso, en la cual participa como coadyuvante de la demandante la **U.N.C.U.R.E.P.A.** En ese sentido tenemos que la Ley 29 de 1996, crea una institución denominada **COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR**, como una entidad pública descentralizada del Estado con personeria jurídica propia, autonomia en su régimen interno,

independencia en el ejercicio de sus funciones y adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias.

En el articulo 103, numeral 8, de la Ley 29 de 1996, se señala que es una función de la Comisión investigar y sancionar dentro de los limites de su competencia la realización de los actos y las conductas prohibidas por la Ley y por su parte el articulo 27 señala:

> **"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 interpuesta por el agraviado, podrán imponer a favor de éste 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...".**

Como vemos, si bien el articulo 103, numeral 8, de Ley 29 de 1996, faculta o legitima a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, para demandar la realización de actos y conductas prohibidas por la Ley, como en este caso ha ocurrido, tratándose de Prácticas Monopolisticas Absolutas e imponer las sanciones dentro de los limites de su competencia, el articulo 27 de la Ley 29 de 1996, establece que la condena a los agentes económicos equivalente a tres veces el monto de los daños y perjuicios causados como resultado del acto ilícito, podrá solicitarse mediante acción civil interpuesta por el agraviado.

Debe entenderse entonces, que no es la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** el agraviado por las prácticas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por las empresas harineras, por lo que aún cuando haya hecho solicitud en ese sentido, su demanda carece de la legitimación, por no ser la persona agraviada por los actos acusados, que en el presente caso son los consumidores ya que se ha comprobado que no existen otros agentes económicos que sean competidores de las demandadas, que también tengan el carácter de agraviados por la conducta.

De igual forma, el artículo 142 de la Ley 29 de 1996, a que se refiere el recurrente en su sustentación de apelación, si bien señala que la Comisión está legitimada para ejercer la pretensión, considera esta superioridad que la misma se refiere a la legitimación procesal para solicitar la declaración por la comisión de las conductas consagradas en el numeral 2 del artículo 141 de la Ley 29 de 1996, y no a las condenas que se encuentran reguladas en una norma separada (v.gr.art.27).

En ese sentido, la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** carece de lo que en la doctrina se conoce con el nombre de legitimación en la causa en lo referente a la condena de daños y perjuicios que establece el art.27 de la Ley 29 de 1996 entendiendo que: **"La legitimación en la causa es la condición que debe tener una persona según la ley sustantiva para lograr que el Juez se pronuncie respecto a las pretensiones formuladas en la demanda en relación con una concreta y, particular relación jurídica"** (Fábrega, Jorge. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Pág.196).

Como vemos, la legitimación en la causa es un concepto que guarda relación con el derecho sustantivo y no el derecho procesal, y es un tema que según la doctrina debe ser dilucidado en la sentencia que decide el proceso, de ahí que si bien el artículo 142 de la Ley 29 de 1996, otorga legitimación procesal a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** para demandar la declaratoria y nulidad de actos que constituyan prácticas monopolísticas, el artículo 27 del mismo texto legal otorga legitimación en la causa para demandar la condena de daños y perjuicios, sólo al agraviado o agraviados por la infracción de las prohibiciones referentes a la realización de prácticas monopolísticas.

De la lectura del libelo de demanda corregido, presentado por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, (Tomo I), se desprende que la demandante señala como su pretensión, que se declare la

práctica monopolística absoluta en que incurrieron las demandadas y por ende la nulidad de todo acuerdo o convenio sostenido entre ellas; la suspensión de la utilización de la **ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO**, como foro de intercambio de información entre las sociedades demandadas y la condena de las sociedades demandadas por la suma de B/.4,725,794.56 en concepto de los daños y perjuicios causados como resultado de los acuerdos y prácticas ilícitas durante el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1997, lo cual nos indica que estamos en presencia de una demanda que contiene pretensiones de carácter declarativo, a través de la cual se solicita que la sentencia declare la existencia de una determinada relación jurídica y pretensiones de condena, a través de las cuales se busca que la sentencia obligue al demandado al cumplimiento de determinada prestación a favor del demandante.

La pretensión, como bien lo señala Guasp, "**es una petición fundamentada, dirigida al órgano judicial, frente a una persona sobre un bien concreto de cualquier clase. Más concretamente, es el efecto jurídico sustancial, que el demandante persigue con el proceso y al cual se quiere vincular al demandado, que es lo que constituye su objeto. Su causa es la razón por la cual se pide lo reclamado**". (Citado por: Morales Molina Hernándo. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Undécima edición. Editorial ABC, Bogotá. 1991. Pág.143), lo que nos indica que la pretensión es un aspecto diferente a la legitimación en la causa y a la titularidad del derecho material, por lo que la pretensión bien puede no estar respaldada por un derecho sustantivo o la norma que indica el demandante, que como ocurre en este caso, posee la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** como un derecho de acción consagrado en la Ley 29 de 1996, más no en el caso específico, para demandar la condena de daños y perjuicios a que alude el art.27 de la Ley 29 de 1996.

Por otro lado, no existe en la normativa de la Ley 29 de 1996,

algún artículo que autorice a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** para demandar la condena por daños y perjuicios en contra de algún agente económico, que haya infringido las normas referentes a las prácticas restrictivas de la competencia, ya que si bien el artículo 68 de la misma Ley le da legitimación a la Comisión y a las Asociaciones de Consumidores, para iniciar los procesos en defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en la vía jurisdiccional, la norma está contenida dentro del título de la protección al consumidor y no para el caso de las prácticas monopolísticas, y el artículo 69 de la Ley 29 de 1996, sólo se refiere al consumidor en el caso de la anulación del contrato de adhesión en cumplimiento de garantías o el resarcimiento de daños y perjuicios.

Obsérvese que el artículo 27 de la Ley 29 de 1996, como norma especial en lo referente a las condenas por el triple daño señala en su parte final "...mediante acción civil interpuesta por el agraviado, podrán imponer a favor de éste 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**...", lo cual nos indica que cuando se refiere al agraviado se está refiriendo a los consumidores o a los competidores o potenciales consumidores y no a la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, ya que como bien ha determinado el Tribunal de primera instancia en el Auto que modifica la sentencia, el artículo 1077 del Código Judicial aplicado supletoriamente al proceso por mandamiento del artículo 234 de la Ley 29 de 1996, señala que no se condenará en costas a ninguna de las partes "en los procesos en que sea parte el Estado, los municipios, las entidades autónomas, semi-autónomas o descentralizadas".

La correcta interpretación de la norma anterior con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 29 de 1996, indica que la posibilidad de condena en costas que establece esta última en los procesos por

prácticas monopolísticas, sólo es viable cuando se haya interpuesto la acción civil por agraviado y no por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, ya que de estar legitimada la Comisión, sí habría la posibilidad de condena en costas, situación contraria a lo dispuesto en el artículo 1077 del Código Judicial.

Este criterio es compartido por la doctrina que ha estudiado el tema del triple daño panameño y la legitimación para demandarlo, como bien lo señala Molina Mendoza al comparar las reglas del Antitrust panameño y el norteamericano, indicando que si bien Panamá adopta esta institución, el artículo 27 de la Ley 29 de 1996, le introduce diferencias, ya que: **"De la sola lectura del texto anterior, se aprecian dos diferencias de la institución del triple daño en Panamá, respecto del norteamericano. La primera de ellas opera en los propósitos que cumple. En el caso panameño, la razón del triple daño es sancionadora. Esto se aprecia en el último párrafo de la disposición transcripta. Lo que nos lleva a la segunda diferencia: la legitimación. No abrigamos mayores dudas en cuanto a quien puede ser tenido como agraviado. Para nosotros es cualquier persona, siempre que sea efectivamente dañada, con excepción en lo referente al agravio, de la CLICAC y de las asociaciones de consumidores formalmente establecidas y reconocidas como tales.**

Ello es así porque el artículo 142 de la Ley 29/96 legitima a ambas para accionar en ejercicio de pretensiones respecto de violaciones del Antitrust, mientras que si la naturaleza del triple daño, como se vio, es sancinadora, la condena por triple daño dependerá no de quien accione, sino de las circunstancias que emerjan de la conducta del infractor, ya que como dice la disposición, el juez podrá moderar la condena respectiva en atención a que se compruebe mala fe o intención de causar daño por parte de los infractores". (Mendoza Molina, Jorge. Journal of Latin American Competition Policy. Sistema Panameño de Protección y Defensa de la Competencia: Aspectos Jurisdiccionales. Volumme 1, No.3, April 1999. Pág.97-98).

prácticas monopolísticas, sólo es viable cuando se haya interpuesto la acción civil por agraviado y no por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, ya que de estar legitimada la Comisión, sí habría la posibilidad de condena en costas, situación contraria a lo dispuesto en el artículo 1077 del Código Judicial.

Este criterio es compartido por la doctrina que ha estudiado el tema del triple daño panameño y la legitimación para demandarlo, como bien lo señala Molina Mendoza al comparar las reglas del Antitrust panameño y el norteamericano, indicando que si bien Panamá adopta esta institución, el artículo 27 de la Ley 29 de 1996, le introduce diferencias, ya que: **"De la sola lectura del texto anterior, se aprecian dos diferencias de la institución del triple daño en Panamá, respecto del norteamericano. La primera de ellas opera en los propósitos que cumple. En el caso panameño, la razón del triple daño es sancionadora. Esto se aprecia en el último párrafo de la disposición transcripta. Lo que nos lleva a la segunda diferencia: la legitimación. No abrigamos mayores dudas en cuanto a quien puede ser tenido como agraviado. Para nosotros es cualquier persona, siempre que sea efectivamente dañada, con excepción en lo referente al agravio, de la CLICAC y de las asociaciones de consumidores formalmente establecidas y reconocidas como tales.**

Ello es así porque el artículo 142 de la Ley 29/96 legitima a ambas para accionar en ejercicio de pretensiones respecto de violaciones del Antitrust, mientras que si la naturaleza del triple daño, como se vio, es sancinadora, la condena por triple daño dependerá no de quien accione, sino de las circunstancias que emerjan de la conducta del infractor, ya que como dice la disposición, el juez podrá moderar la condena respectiva en atención a que se compruebe mala fe o intención de causar daño por parte de los infractores". (Mendoza Molina, Jorge. Journal of Latin American Competition Policy. Sistema Panameño de Protección y Defensa de la Competencia: Aspectos Jurisdiccionales. Volumme 1, No.3, April 1999. Pág.97-98).

De igual forma, la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, a través de su apoderado judicial, indica en su alegato de apelación en contra de la sentencia de primera instancia lo referente a la condena de daños y perjuicios, con los mismos argumentos que sostiene el apoderado judicial de la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, en lo referente al articulo 142 de la Ley 29 de 1996, que ya ha sido explicado y lo normado en el articulo 68 de la Ley 29 de 1996, referente a las normas sobre consumidores, aceptando que actúa en el proceso en condición de tercero adhesivo o coadyuvante de la demandante, con lo cual queda claro que está habilitado únicamente para intervenir en ayuda de la parte actora y no para obrar autónomamente en el proceso.

En ese sentido, "**El coadyuvante tiene un interés propio, emanado de un motivo diferente del acto o hecho que es material del proceso. Su intervención es voluntaria y no plena, pues el coadyuvante interviene en ayuda de una parte, por lo cual cuanto hace será en interés de un derecho ajeno, pero no es representante de la parte coadyuvada, sino que obra por sí en el proceso. La coadyuvancia sólo tiene lugar en los procesos declarativos, pues en los ejecutivos la sentencia no podría afectar relaciones sustanciales entre una de las partes y un tercero**". (Morales Molina, Hernándo. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Undécima Edición. Editorial ABC Bogotá. 1991. Pág.265).

Por lo anterior, la **U.N.C.U.R.E.P.A.**, si bien puede actuar en apoyo de las pretensiones ejercidas por la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor** y desplegar actos en beneficio de esos intereses, tal condición en el presente proceso, no la legitima per se para obtener la declaración de condena de daños y perjuicios de forma autónoma, al carecer la parte con la cual coadyuva de la legitimación en la causa que consagra la Ley 29 de 1996 en su articulo 27.

Todo lo explicado, con referencia a los argumentos de las partes señala que la decisión de primera instancia fue acertada en no acceder a

la condena de daños y perjuicios en contra de los agentes económicos, los cuales se les ha declarado que han incurrido en prácticas monopolísticas absolutas, lo cual releva al Tribunal de adentrarse en el análisis, respecto a la prueba de la existencia de daños y perjuicios en contra de los consumidores derivados de tales actos o la posibilidad de que los mismos se declaren en abstracto, toda vez que como ya se ha explicado la legitimación en la causa respecto a ese tema, no la posee la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, situación que debe ser resuelta en la sentencia y que es causal de sentencia absolutoria de las demandadas en dicho aspecto, independientemente de las funciones, principios y objetivos que orientan la creación de una agencia de competencia como la **Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, lo cual no puede utilizarse como argumento para soslayar el cumplimiento de las reglas procesales que nuestra legislación vigente establece respecto a los presupuestos, ritualidades y procedimientos para este tipo de procesos.

En lo referente a la participación de la **Asociación de Molinos de Trigo** y el señor **Bienvenido Saucedo**, en los hechos que motivaron el presente proceso, estimamos que es correcto el criterio de la Juez de primera instancia respecto a la legitimación que tienen para ser objeto de la aplicación de la Ley 29 de 1996 conforme lo dispone el artículo 2 de dicha normativa, más sin embargo, tanto a la persona natural como a la persona jurídica indicada, en la demanda sólo se les imputa el haber sido utilizados como foro y facilitador de las concertaciones que llevaron a cabo los agentes económicos demandados (empresas harineras), por lo cual con respecto a ellos, la parte resolutiva de la sentencia sólo declara que deben abstenerse de colaborar en actos que puedan implicar violación a las normas y defensa de la competencia, criterio que comparte esta Superioridad.

Por todas las consideraciones expuestas considera esta Sala de Decisión que la sentencia de primera instancia se ajusta a las normas

vigentes, tanto en su aspecto sustantivo como en su aspecto procesal y refleja los hechos que han sido comprobados en el proceso y ha resuelto de modo correcto, las pretensiones y excepciones presentadas por las partes, razón por la cual no se encuentra mérito para que sea revocada o modificada y lo procedente es su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el **TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la Sentencia No.64 del 30 de septiembre de 2003, modificada por el Auto No.1042 del 3 de octubre de 2003, proferida por el Juzgado Octavo de Circuito, Ramo Civil, del Primer Circuito Judicial, de la Provincia de Panamá, dentro del proceso por prácticas monopolisticas absolutas, propuesto por la **COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC)**, con su tercero coadyuvante la **UNION NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPUBLICA DE PANAMA (U.N.C.U.R.E.P.A.)**, en contra de las sociedades **GOLD MILLS DE PANAMA, S.A., HARINAS DE PANAMA, S.A., HARINAS DEL ISTMO, S.A., ORO DEL NORTE, S.A., ASOCIACION NACIONAL DE MOLINOS DE TRIGO DE PANAMA** y el señor **BIENVENIDO SAUCEDO RODRIGUEZ.**

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

MGDO. LUIS A. CAMARGO V.

MGDA. MARIA EUGENIA LOPEZ ARIAS

LCDA. ANA MARY MOJICA
SECRETARIA JUDICIAL ENCARGADA