

91

**JUZGADO OCTAVO DE CIRCUITO, RAMO CIVIL, DEL
PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE
PANAMÁ. Treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho
(2008).**

SENTENCIA N° 109

VISTOS:

Culminadas las etapas propias de este tipo de procesos, procede el dictado de la sentencia que pondrá fin a la primera instancia de este **Proceso Acumulado de Prácticas Monopolísticas.**

LAS PARTES

Figuran como demandantes:

1. La **COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC** por sus siglas, ahora **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA -ACODECO-** así identificada en adelante).
2. La sociedad **SERVICIO DE MONITOREO Y CONTROL DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA, S.A.**, registrada desde el año 1992 a la Ficha 255675, Rollo 34341, Imagen 148 del Registro Público de la República de Panamá (en adelante **CIP**).

Ocupan la posición de demandadas:

1. **BOYD BARCENAS S.A.** (inscrita a Ficha 109675, Rollo 10788, Imagen 3).

2. **PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A.** (inscrita a Ficha 104138, Rollo 10179, Imagen 90).
3. **MEGA PUBLICIDAD S.A.** (inscrita a Ficha 230669, Rollo 28228, Imagen 2).
4. **MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A.** (inscrita a Ficha 335243, Rollo 56137, Imagen 36).
5. **PUBLICIS FERGO S.A.** (inscrita a Ficha 210940, Rollo 24073, Imagen 307).
6. **PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A.** (inscrita a Ficha 252705, Rollo 252705, Imagen 57).
7. **CAMPAGNANI /BBDO PANAMA S.A.** (inscrita a Ficha 259953, Rollo 35420, Imagen 14).
8. **MCCANN-ERICKSON WORLD GROUP/ PANAMA** (inscrita a Ficha 233429, Rollo 28936, Imagen 2).
9. **R. D. NEXOS**, antes DIAZ/TBWA, S.A. (inscrita a Tomo 548, Folio 101, Asiento 116120).
10. **J WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA** (inscrita a Ficha 43364, Rollo 2612, Imagen 36).
11. **LEO BURNETT PANAMA S.A.** (inscrita a Ficha 246231, Rollo 32095, Imagen 49).
12. **STAR MANAGEMENT HOLDING INC.** (inscrita a Ficha 400270, doc. 232623).
13. **PUBLICUATRO S.A.** (inscrita a Ficha 356454, Rollo 63942, Imagen 78)
14. **QUIMICA-PUBLICIDAD S.A.** (inscrita a Ficha 341502, Rollo 58355, Imagen 162)
15. **GENESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A.** (inscrita a Ficha 209671, Rollo 23768, Imagen 122).
16. **INSIGHT ADVERTISING S.A.** (inscrita a Ficha 349809, Rollo 61624, Imagen 27).

LAS PRETENSIONES Y SU FUNDAMENTO FÁCTICO

ACODECO pretende que se declare por parte del Tribunal que las dieciséis (16) sociedades demandadas han infringido los artículos 5 y

11 #1 de la Ley 29 de 1° de febrero de 1996 (en adelante L.29/96) por cuanto acordaron, convinieron, se combinaron o arreglaron para la manipulación, concertación y/o fijación del precio de compra del servicio de monitoreo de inversión publicitaria en el mercado en que se adquiere este servicio, restringiendo de manera prohibida e ilícita la competencia, constituyendo esto una práctica monopolística absoluta.

Sostiene esta institución del Estado, en síntesis, lo siguiente:

- Mediante Acuerdo PC N°PC-190-03, de 30 de mayo de 2003 la CLICAC decidió demandar a las 16 sociedades por la comisión de práctica monopolística absoluta en la compra del servicio de monitoreo de la inversión publicitaria, a lo cual se procedió.
- Todas las demandadas se dedican a la publicidad como agencias publicitarias, demandantes del servicio de monitoreo de inversión publicitaria y al mes de octubre de 2002 tenían contratado dicho servicio con CIP.
- Las sociedades demandadas agremiadas en la Asociación Panameña de Agencias de Publicidad (APAP) están obligadas a cumplir los acuerdos de las Juntas Directivas o General so pena de expulsión del gremio y ese foro tiene por principio facilitar el intercambio de información en el ejercicio profesional de las agremiadas.
- En el año 2002 se celebraron reuniones entre las agremiadas en sede de la <<Comisión de Monitoreo de la APAP>>, encargada de negociar, en nombre de las agremiadas, con los proveedores del servicio de monitoreo de inversión publicitaria, y aprobaron la negociación conjunta y contratación del servicio de monitoreo con la empresa IBOPE TIME (cada miembro firmaría su responsabilidad con ésta), la cancelación de los contratos con CIP a partir del 1 de mayo de 2003 y la fecha de inicio del nuevo contrato con IBOPE TIME y entre los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002 enviaron notas a CIP para cancelar el servicio.
- Las agencias demandadas negociaron y acordaron la contratación de IBOPE como proveedora con un contrato homólogo y con tarifas negociadas en conjunto

CIP pretende, al igual que ACODECO, obtener declaraciones de este despacho judicial en el sentido de que las dieciséis (16) sociedades demandadas han infringido los artículos 5 y 11 de la L.29/96 por cuanto, siendo competidores entre sí, convinieron, se combinaron o arreglaron para fijar, manipular, concertar e imponer el precio del servicio de monitoreo de inversión publicitaria e intercambiaron información con el mismo objeto y efecto. Adicionalmente solicita se declare que las demandadas son responsables solidariamente ante CIP por la reparación de daños y perjuicios ocasionados por haberla desplazado indebidamente del mercado pertinente, se las condene solidariamente al pago de B/.6,742,376.60 por daños y perjuicios causados al 31 de octubre de 2003 por la práctica monopolística absoluta, se las condene al pago del lucro cesante posterior al 31 de octubre de 2003, sean condenadas al pago del triple daño que asciende a B/.20,227,129.80 por el desplazamiento sufrido de manera ilegal del mercado pertinente y se las condene al pago de las costas y gastos del proceso.

Los hechos que justifican tal pretensión vienen listados por CIP como, de forma resumida, se expone:

- CIP se estableció en 1991 y se dedicó al servicio de control de la inversión publicitaria que consiste en la verificación de las pautas publicitarias por las agencias y anunciantes.
- Las agencias demandadas forman parte de APAP, se dedican al negocio de publicidad, utilizan el servicio de monitoreo de control de la inversión publicitaria en Panamá, el cual tenían contratado en forma individual con CIP a octubre de 2002.
- En 2002 se dieron reuniones en APAP entre las demandadas a través de la << Comisión de Monitoreo >> con el objeto de negociar y contratar de

forma conjunta el servicio de control de la inversión publicitaria e instaron a un agente económico que no participaba en ese mercado a que prestara el servicio, para luego aprobar la cancelación del servicio con CIP y la negociación conjunta y contratación con este nuevo oferente e informaron a CIP la cancelación de los servicios en cumplimiento de lo acordado en la Comisión de Monitoreo de la APAP y como consecuencia CIP ha sido desplazada indebidamente de su mercado pertinente, imposibilitándole ofrecer y contratar sus servicios con las agencias publicitarias.

LAS POSTURAS ADOPTADAS POR LAS DEMANDADAS FRENTE A LAS PRETENSIONES Y LOS HECHOS

Con excepción de las sociedades **CAMPAGNANI/BBDO PANAMÁ, S.A. y QUIMICA-PUBLICIDAD, S.A.**, que no dieron contestación a la demanda interpuesta por CLICAC, pese a estar debidamente notificadas, las demandadas se oponen a las pretensiones, tanto de ACODECO como de CIP. Las catorce (14) demandadas que presentaron contestación a la demanda presentada por ACODECO, adoptaron las siguientes posiciones:

PUBLICIS FERGO, S.A., representada en ese momento por la firma forense BENEDETTI & BENEDETTI, admite cierto que CLICAC decidió demandar a las agencias publicitarias parte de este proceso que, en efecto, se encuentran agremiadas en APAP y demandan el servicio de monitoreo de las inversiones publicitarias, siendo que al mes de octubre de 2002 tenían contratado dicho servicio con CIP.

Sostiene que de conformidad con los Estatutos de APAP, cada miembro es libre de tomar decisiones puesto que APAP solo sienta

pautas y lineamientos que considera deben tomar sus agremiados, pero ninguno de ellos tiene la obligación de cumplir con las recomendaciones o sugerencias efectuadas por APAP. Agrega que APAP no tiene por principio facilitar intercambio de información en el ejercicio profesional de los agremiados sino facilitar el intercambio de información del mercado.

Afirma que dentro de APAP existen diferentes Comisiones, entre ellas la de Monitoreo, que tiene a su cargo lo relativo al monitoreo de la inversión publicitaria con la finalidad mantener informadas a las agremiadas sobre asuntos de su competencia; sin embargo dicha Comisión no era la encargada de negociar en nombre de los agremiados con los proveedores del servicio de monitoreo.

Asevera que desde principios de la década de los 90, CIP ha mantenido un monopolio, brindando un servicio incompleto y deficiente a cambio de cuantiosas sumas de dinero, lo cual llevó a APAP, en agosto de 2002, a realizar un llamado a una licitación privada con el objeto de conocer los costos de cada agencia y la nueva tecnología existente, licitación que se llevó a cabo el día 12 de agosto de 2002 y en la que participaron CIP (con la propuesta más onerosa sin contar con tecnología de punta), IBOPE-TIME y Servicios Publicitarios Computarizados. Explica que cada agencia evaluó el resultado de la licitación y tomó las medidas que consideró necesarias y oportunas para contratar el mejor servicio de *rating* y monitoreo y PUBLICIS FERGO, S.A., decidió no renovar el contrato con CIP, lo cual le comunicó el 29 de octubre de 2002, con la anticipación establecida

en el contrato suscrito entre las partes. Aclara que a la fecha (de contestación de demanda) no ha contratado con IBOPE-TIME.

MCCANN- ERICKSON WORLDGROUP/PANAMA, S.A., también representada a esa fecha por BENEDETTI & BENEDETTI acepta igualmente como ciertos los cuatro (4) primeros hechos contenidos en la demanda de ACODECO, estos son, que CLICAC decidió demandar a las agencias publicitarias parte de este proceso que, en efecto, se encuentran agremiadas en APAP y demandan el servicio de monitoreo de las inversiones publicitarias, siendo que al mes de octubre de 2002 tenían contratado dicho servicio con CIP.

Agrega que la APAP no contempla dentro de sus estatutos disposición que implique la expulsión de sus agremiados por falta de cumplimiento de los Acuerdos de la Junta Directiva pues de conformidad con dichos estatutos <<La APAP favorecerá toda clase de reuniones, exposiciones e intercambios de materiales relacionados con la publicidad y participará en todas las actividades que directa o indirectamente interesen o se relacionen con aquellas efectiva (sic) ayuda entre las Agencias de Publicidad, intercambio de material relacionado con la publicidad y participará en todas las actividades que directa o indirectamente interesen y se relacionen con aquéllos>>

Reitera que el propósito de esta Asociación no es el intercambio de información en el ejercicio profesional sino de información de mercado y que la <<Comisión de Encuesta y Monitoreo>> se reúne con cierta periodicidad para tratar todo lo relativo al monitoreo de la inversión

publicitaria a fin de mantener informados a los agremiados, no teniendo la facultad de negociar con nadie, pues sólo es una Comisión de trabajo.

También se expresa que durante más de diez (10) años CIP mantuvo un monopolio en el servicio de monitoreo, brindando un servicio incompleto y deficiente a cambio de cuantiosas sumas de dinero, lo cual llevó a APAP, en agosto de 2002, a realizar un llamado a una licitación privada con el objeto de conocer los costos de cada agencia y la nueva tecnología existente, licitación que se llevó a cabo el día 12 de agosto de 2002 y en la que participaron CIP (con la propuesta más onerosa sin contar con tecnología de punta), IBOPE-TIME y Servicios Publicitarios Computarizados. Explica que luego de una evaluación MCCANN- ERICKSON WORLDGROUP/PANAMA, S.A., decidió no renovar el contrato con CIP, lo cual le comunicó con los seis (6) meses de anticipación establecido en el contrato suscrito con CIP. Señala que a la fecha (de contestación de demanda) no ha contratado con la empresa IBOPE-TIME.

Por **BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., R. D. NEXOS**, antes DIAZ/TBWA, S.A., **J WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMA S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., GENESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A., e INSIGHT ADVERTISING S.A.** dió contestación a la demanda el Licenciado ALFONSO FERNÁNDEZ, defensor de

ausente designado ante la no comparecencia de estas personas jurídicas, dentro del término legal.

El abogado solamente acepta como cierto el hecho de que CLICAC abrió una investigación y que las demandadas se dedican a la publicidad como agencias publicitarias. Los demás hechos fueron negados.

En lo que toca a la demanda interpuesta por CIP, pasamos a exponer el contenido de los escritos de contestación de demanda.

QUIMICA-PUBLICIDAD, S.A., PUBLICIS FERGO, S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., CAMPAGNANI/BBDO PANAMA S.A., MCCANN-ERICKSON WORLD GROUP/ PANAMA, R. D. NEXOS, antes DIAZ/TBWA, S.A., J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMA S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., e INSIGHT ADVERTISING S.A., inicialmente representados por el Licenciado RAMÓN AROSEMENA, solamente admiten como cierto el primer hecho de la demanda, esto es, que estas sociedades se dedican a la prestación del servicio de publicidad.

Relata el abogado que a inicio y durante el año 2002 por motivo de la depresión en el mercado de la publicidad, ante la severa crisis mundial reinante, se propugnó por nuevas alternativas tendentes a disminuir los costos que se generaban en materia del monitoreo, intentando a la vez obtener nuevos renglones técnicos y de servicios, todo lo cual las

llevó a invitar a no menos de tres empresas, tanto nacionales como extranjeras, a ofrecer los servicios mediante la fórmula del concurso público, entre las cuales estaba la CIP, que goza de todas las garantías de participación en este evento sin reservas en la información.

Se niega el haber acordado o procurado la contratación en conjunto o colectivamente de ningún servicio referente al giro de sus negocios o el haber tratado de imponer, fijar o manipular los precios en la prestación del servicio de monitoreo. Se asevera que siempre han obrado como personas jurídicas individuales, independientes y con autonomía de acción, realizando sus propios contratos acorde con sus intereses, elecciones particulares y sus necesidades en el mercado publicitario.

Por su parte **BOYD BARCENAS, S.A., y PUNTO APARTE PUBLICIDAD, S.A.**, confiaron primigénicamente su defensa al Licenciado ANGEL A. ATENCIO quien dio contestación a esta demanda señalando, en lo medular que, ciertamente, estas sociedades se dedican al negocio de la publicidad y utilizan el servicio de monitoreo de control de la inversión publicitarias, servicio que prestaba CIP, existiendo entre ellas un contrato cuya terminación se produjo de acuerdo con las disposiciones contractuales. También se acepta que forman parte de APAP, empero niegan haber participado en reuniones con el objeto de negociar y contratar de forma conjunta el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria y desconocen la existencia de una <<Comisión de Monitoreo>> que haya tenido este fin.

Continua señalando la representación judicial que sus mandantes no han aprobado, negociado o contratado de manera conjunta los servicios de un nuevo agente económico para el servicio de monitoreo y mucho menos de manera conjunta han aprobado la cancelación del servicio con CIP, negando con ello la existencia, en el seno de la APAP, de acuerdo alguno que haya traído como resultado la cancelación de los servicios de CIP de manera conjunta.

En la firma forense WORCO & ASOCIADOS recae la representación de **GENESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A.**, despacho jurídico que ha expresado que su representada sólo ha adquirido los servicios de monitoreo de la inversión publicitaria de tiempo en tiempo sin que se haya constituido convenio o contrato por escrito para tales servicios. Así pues, no ha firmado contrato para adquirir el servicio de empresa alguna, sin perjuicio de que haya utilizado los servicios tanto de CIP como de IBOPE durante periodos determinados.

Adicionalmente explica que, al momento de acaecimiento de los hechos que dieron lugar a las denuncias, no utilizaba los servicios de monitoreo de ninguna empresa y desde ese momento hasta la fecha no ha contratado ni convenido dichos servicios, pues se vio obligada -con anterioridad a las denuncias interpuestas- a desistir de los mismos por la grave situación económica que atravesaba la empresa con antelación a los hechos provocadores de la demanda. Explica que la utilización del servicio de monitoreo es discrecional, no imprescindible para prestar sus servicios como agencia publicitaria pues, de hecho, desde el mes de noviembre de 2001 no ha utilizado

dichos servicios y sigue prestando los servicios de publicidad a sus clientes.

Afirma que en el mes de mayo de 2001 comunica a CIP la utilización del servicio de monitoreo por cinco (5) meses a cambio del pago con certificados de regalo del almacén El Machetazo y TVN, efectuándose dicho intercambio.

Asegura que ingresó a APAP el 3 de mayo de 2003 y se separó de la misma el 31 de marzo de 2003 por cuanto se requería el pago de una cuota mensual que su situación económica no le permitía afrontar. Resalta que, para el año 2002 no formaba parte de Comisión alguna y desconoce de la llamada Comisión de Monitoreo; solo estuvo presente en reunión de Asamblea General del 15 de octubre de 2002.

MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A., fue representada por el Licenciado VICTOR MENDEZ FÁBREGA abogado que negó cualquier tipo de unidad jurídica, económica, fusión, o relación similar entre las sociedades demandadas, por lo que no actúan como una sola entidad en ningún aspecto.

Acepta que la sociedad que representa mantuvo una relación contractual con CIP que, por lo costosa y el mal servicio prestado, rompió unilateralmente dentro del plazo establecido en el mismo contrato y por causa justificada.

Considera que las asociaciones profesionales son libres y actúan en

beneficio de la actividad, que las empresas son personas independientes y cuentan con diferentes abogados. Al dar respuesta al hecho en que se afirma la presentación de una demanda por parte de CLICAC ante el Juzgado Octavo de Circuito Civil, por Prácticas Monopolistas señala que es una petición separada de ésta (recuérdese que los procesos fueron acumulados) de la cual a su mandante "no se le ha dado el debido proceso y derecho de defensa".

Luego de trabada la litis, la representación de la sociedad INSIGHT ADVERTISING, S.A., estuvo a cargo del Licenciado MIGUEL BRUMAS, la de GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A., fue llevada por la Licenciada KARISBEL PÉREZ, y la firma forense ALEMAN, CORDERO, GALINDO & LEE agrega a la lista de sus representadas a las sociedades STAR MANAGEMENT HOLDING INC., QUIMICA-PUBLICIDAD, S.A., MCCANN- ERICKSON WORLDGROUP/PANAMA, S.A., R.D.NEXOS (antes DIAZ/TBWA, S.A.), PUBLICIDAD INTERAMERICANA, S.A., y PUBLICIS FERGO, S.A.

SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA EXAMEN DE LA PRUEBAS Y HECHOS PROBADOS CONSIDERACIONES LEGALES

Junto con las demandas fueron presentadas certificaciones del Registro Público acerca de la existencia y representación legal de la entidad mercantil demandante y de las sociedades demandadas. Igualmente consta certificación referente a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), entidad pública, organismo especial, al momento de interposición de la demanda, con

funciones de investigar la realización de actos y conductas prohibidas por la L.29/96 que dicta medidas sobre la competencia. Esta entidad se convirtió en la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) a la que ha de atribuirse toda referencia que, en su momento, se hiciese a la CLICAC, por disposición expresa del artículo artículo 202 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 derogatoria de la L.29/96.

No resulta controvertido el hecho de que la sociedad demandante SERVICIO DE MONITOREO Y CONTROL DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA, S.A., fue inscrita el 24 enero de 1992, como consta en certificación de oficina competente y como se señalara en el Acuerdo PC-190-03 de 30 de mayo de 2003 del Pleno de Comisionados de la CLICAC, donde se la identificó también como un agente económico que se dedica a realizar la verificación de las pautas de los anunciantes que efectivamente se publicitan, es decir, verificar que lo transmitido por los medios comunicación se corresponda con lo pautado entre los anunciantes y las publicitarias, a efectos de evitar distorsiones o menoscabos en la publicidad de una empresa. Asimismo proporcionan información útil a los efectos de analizar la eficacia de las pautas publicitarias, lo que permite a los anunciantes (responsables primeros y, presuntamente únicos, salvo prueba en contrario, del mensaje publicitario), evaluar sus estrategias de compra. Queda claro entonces que un anunciante tiene derecho a controlar sus campañas de publicidad.

Tampoco encontró resistencia la afirmación acerca del carácter de

4

agencias publicitarias de todas las demandadas. Como tales, se dedican profesionalmente a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante, actividad que no requiere en nuestro país ningún tipo de autorización administrativa (de lo contrario podríamos hablar de uno de los tipos de barrera para la entrada al mercado de otros agentes económicos). Así, la responsabilidad de las agencias frente al anunciante se refiere al estricto cumplimiento de lo pactado.

Valga decir que la estructura y organización de las agencias de publicidad se compone de diversos departamentos, entre ellos, el de Medios, que se ocupa de dos misiones complementarias: la planificación de medios y la compra de los espacios y tiempo. Sin embargo, en los últimos tiempos, el desarrollo de las Centrales de Medios, ha llevado a que algunas agencias de publicidad eliminasen este departamento, lo cual no escapa a la realidad de alguna de las agencias involucradas en este proceso. <<La aparición y desarrollo de las centrales de medios, que han arrebatado a un buen número de las agencias parte sustancial de sus servicios y el desplazamiento de parte de los presupuestos destinados por los anunciantes a la publicidad en los medios hacia otras actividades de comunicación, han obligado a las agencias a dedicar mucha más atención a la captación de clientes, creando un departamento que se ocupe de realizar las tareas comerciales necesarias para ello>> (ORTEGA, Enrique. La Comunicación Publicitaria, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999, página 306).

A diferencia de las agencias de publicidad, los medios de publicidad

son empresas que, de manera habitual, se dedican a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten; el medio <<supone en el proceso de la comunicación publicitaria un importante eslabón en cuanto es él quien hace posible, en definitiva, la comunicación pública que supone la publicidad.>> (SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. Derecho de la Publicidad, Civitas Ediciones, S.L., España, 2003, páginas 139-140)

La sociedad IBOPE-TIME, digna de mencionar en esta sentencia, al ser referida, tanto por las demandantes como por las demandadas, como la empresa que iba a sustituir a CIP en la prestación del servicio de monitoreo y control de la inversión publicitaria, manifestó en Nota dirigida a CLICAC, que al 13 de marzo de 2003 no presta ni ha prestado servicios de monitoreo en la República de Panamá (sobre estos aspectos también pueden verse los escritos que, en su momento, y ante la inclusión del servicio de *rating* en la denuncia presentada por CIP ante la CLICAC, presentó a nombre de IBOPE-TIME la firma forense Alfaro, Ferrer & Ramírez). No obstante, agrega, que el grupo económico al cual pertenece cuenta con una amplia experiencia internacional en la prestación de ese tipo de servicio y estaría en la capacidad de brindarlo en Panamá con un alto grado de eficiencia y a precios competitivos, aún cuando su principal actividad económica desde 1995 es el servicio de *rating*, servicio claramente distinguible del de monitoreo.

En efecto, este servicio hace relación con la audimetría o procedimiento para medir las audiencias de televisión que puede ser a

través de pequeños equipos electrónicos situados en una muestra de hogares que enlaza a los televisores con un computador central a través de la línea telefónica registrando así los encendidos y apagados junto con los cambios que se producen en los diferentes canales; para el caso de IBOPE TIME se hace referencia a los "people meter"; es numerosa la información que puede obtenerse con la utilización de audímetros.

Se acercaron a los autos, los estatutos de la ASOCIACIÓN PANAMEÑA DE AGENCIAS DE PUBLICIDAD (en adelante APAP) asociación de interés privado, sin fines de lucro y con personería jurídica que tiene como propósito agrupar a las diferentes agencias, con el fin de promover actividades que tengan como objetivo común el desarrollo de la profesión en todos sus aspectos y la unión de todas las agencias de publicidad de Panamá. Según informes presentados por los Licenciados Edgardo Villalobos y Juvenal Arosemena esta asociación no cuenta con oficinas (se confirma este aserto con declaración de Maritza de Diez en los estrados del Tribunal) y toda la correspondencia relacionada con la asociación reposaba en su computadora personal y que según señala, siempre ha estado bajo su custodia.

En la Escritura N° 59 de 4 de enero de 1996, por la cual se protocolizan los documentos relativos al reconocimiento de su personería jurídica, se establecen como principios de la Asociación los siguientes:

1. Procurará que la publicidad esté al servicio permanente del bienestar social y del progreso de la comunidad en todos sus órdenes, propugnando a la

vez porque esté inspirada en la verdad y desaparezca el anuncio engañoso o fraudulento, siguiendo las reglas del Código de Autoregulación Publicitaria.

2. Pedirá a sus asociados y aún a personas extrañas a la Asociación, la más amplia cooperación para lograr los fines del punto anterior.
3. Proporcionará amplia y efectiva ayuda entre las Agencias de Publicidad nacionales o internacionales, facilitando el intercambio de información para el mejor servicio profesional.
4. Promoverá y favorecerá toda clase de reuniones, exposiciones e intercambio de de materiales relacionados con la publicidad y participará en todas las actividades que directa o indirectamente interesen o se relacionen con aquéllas, dentro de sus recursos.
5. Pugnará (sic) por el reconocimiento oficial de la profesión y estimulará la creación de becas a los estudiantes de mejor escolaridad, así como también a los asociados que se distingan en la actividad profesional.
6. Se opondrá, en cuanto sea posible, al procedimiento de obtener publicidad por medio de influencia, coacción, engaño, etc.
7. Establecerá normas de ética, tanto en la realización de la publicidad como en el ejercicio de la actividad profesional, y creará un comité de Ética Publicitaria que tendrá a su cargo todo cuanto a la observación y conservación de estos principios se refiera.

Los fines de la APAP fueron concebidos, tal cual consta en el documento referido, como sigue:

1. Propender a la unión de las Agencias de Publicidad de la República de Panamá, fomentando la solidaridad entre sus miembros y estableciendo las normas que deben regir sus relaciones entre sí con los medios publicitarios y con los anunciantes, sin discutir en su seno ni tomar acuerdo alguno que se relacione con problemas políticos y religiosos.
2. Difundir por todos los medios a su alcance la función de la publicidad y de las agencias de anuncios, así como las ventajas que reciben los que utilizan sus

servicios.

- 3. Mantener y fomentar las mejores relaciones de amistad y servicio recíproco con otras asociaciones afines, tanto nacionales como extranjeras.
- 4. Velar por el buen nombre de la publicidad en Panamá, tanto en lo ético como en lo profesional.
- 5. Efectuar actividades sociales, culturales, profesionales y económicas en beneficio de los asociados.

Los deberes y derechos de los asociados se dejan señalados, en el apartado correspondiente de dicha Escritura, como sigue:

DEBERES

- 1. Cumplir fielmente los Estatutos y Reglamentos de la Asociación, así como las normas del Código de Ética y todos los acuerdos de las Juntas Directiva o General y las Reglas para el Ejercicio de la Publicidad.
- 2. Pagar puntualmente la cuota mensual fijada, causando expulsión, previo acuerdo de la Junta Directiva cuando se adeudare tres mensualidades.
- 3. Desempeñar con eficacia los cargos o comisiones que les confieran las Juntas Directiva o General.
- 4. Efectuar propaganda enaltecedora para la asociación y sus componentes.
- 5. Pagar por los servicios comunes que, como encuestas, estudios, etc., apruebe la Junta Directiva con las dos terceras partes de la aceptación de los asociados.

DERECHOS

- 1. El uso de los útiles y propiedades de la Asociación y de los beneficios que otorguen sus Estatutos y Reglamentos, así como de los que se deriven de los convenios que efectúe la Asociación con instituciones análogas o extranjeras.
- 2. A voz y voto todos los asociados a través de sus representantes en las Juntas Generales.
- 3. A proponer su candidatura para la Junta Directiva después de pasar doce (12) meses de ingreso.

- 46
4. El examen de toda la documentación de la Asociación previa solicitud dirigida por escrito a la Junta Directiva.
 5. La presentación de cuantas mociones estime de interés para la Asociación y sus fines.
 6. Disfrutar de los costos proporcionales, comunes, que como entidad se negocien para uso común.

Hay pruebas en este cuaderno procedimental de que las sociedades demandadas GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A., INSIGHT ADVERTISING, S.A., y QUÍMICA-PUBLICIDAD, S.A., no mantenían contratos con CIP al 30 de abril de 2003. Sin embargo estas tres sociedades participaron y suscribieron documentación aprobatoria de sendas medidas tendentes a cancelar la contratación con la empresa CIP y la nueva contratación con IBOPE-TIME. El resto de las agencias publicitarias mantenían contratos que cuya cancelación comunicaron a CIP, todas durante los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002. De lo anterior dan cuenta el análisis conjunto las declaraciones rendidas por los representantes de dichas agencias, las notas de cancelación de servicios remitidas por éstas durante los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002 a CIP, la nota que la propia demandante CIP remite a CLICAC con esta información y los dictámenes periciales rendidos por Juvenal Arosemena, Rubén Bustamante, Diógenes Amaya, Oscar Miranda y Alex Ng (cuya finalidad era establecer con qué agencias se habían suscrito contratos al 31 de diciembre de 2001, determinar si alguna agencia no tenía contrato suscrito, así como la tarifa que se le cobraba a cada agencia).

Forman también parte del caudal probatorio las decisiones adoptadas por CLICAC frente a la denuncia presentada por CIP y como

119

consecuencia de las investigaciones previas, así como la documentación que permite verificar los contenidos de esos Acuerdos dictados por CLICAC y que la llevan a interponer la demanda. Así está visible, entre las piezas procesales el Acuerdo N° PC.153-03 de 1 de abril de 2003 por el cual la CLICAC ordena a las agencias publicitarias suspender el acuerdo de compra conjunta de los servicios de monitoreo de inversión publicitaria con la empresa IBOPE TIME S.A. Se desprende de este Acuerdo que CIP denunció la práctica que consideró anticompetitiva en su perjuicio, ante CLICAC, autoridad que menciona entre el cúmulo de documentos que lo llevaron a tomar dicha medida (y a demandar ante los Tribunales de Justicia) un Acta Reporte de Reunión de APAP de fecha 29 de abril de 2002 en la cual se ofrece a IBOPE TIME la oportunidad de proveer el servicio de monitoreo. Se cita también otra Acta Resumen de Reunión de APAP de 15 de octubre de 2002 en la cual se tomaron varias decisiones: contratar colectivamente con IBOPE aún cuando los contratos serían firmados individualmente por cada agencia con IBOPE; además establecían condiciones generales e impedimento a IBOPE TIME para suministrar el servicio a las agencias no agremiadas a la APAP (salvo su aprobación), el porcentaje de aumento anual que se realizaría durante la relación contractual, la necesidad de fijar la fecha para la terminación de los contratos con CIP, el tiempo de duración de los nuevos contratos, entre otras cuestiones.

En el Acuerdo de CLICAC PC 153-03 también se hace referencia a correo electrónico de 23 de octubre de 2002 enviado a las agencias por APAP por medio del cual se cita a la industria (entendida como

41

todas las empresas que suministran producción a un mercado específico, en este caso el mercado de la publicidad, que incluye a los medios de comunicación) para discutir el 25 de octubre de 2002 la fecha de terminación de contratos con CIP y la firma de nuevos contratos con IBOPE TIME. En este Acuerdo también se hace referencia al Acta de APAP de 25 de octubre de 2002 al decidir que todas las agencias de publicidad deben enviar una carta a CIP a más tardar el 31 de octubre de 2002 comunicando que a partir del 1 de mayo de 2003 prescindirían de sus servicios; además se trata el tema de la obtención de un paquete por *rating* y monitoreo, advirtiéndose que es importante que todos los involucrados (agencias y medios) cumplan con lo acordado. Se mencionan, adicionalmente, un correo electrónico fechado 30 de octubre de 2002 en que se informa a IBOPE TIME que la Comisión de APAP la había elegido para darle el contrato de monitoreo.

La autoridad de competencia consideró así que:

“La <<industria>> tuvo el objeto de unirse para realizar esta contratación previa negociación colectiva y al efecto se vio reflejado en el resultado que se produjo en el mercado producto de sus negociaciones colectivas primero con CIP y luego con IBOPE con quien decidieron contratar finalmente. En este sentido tomaron la decisión unificada y no individualmente (como lo supone la libre competencia) de acceder a una negociación y contratación posterior a lograr precios manipulados; y, como ejemplo de la organización y ejecución de este cartel, lograron además obtener una contratación suprafavorable de las condiciones en general que regirían la industria, (y que en condiciones normales no se obtendrían) dejándose de lado la libertad de contratación individual con sus proveedores, como se observa de la lectura de las Actas resumen de reunión de la APAP de 15 y 25 de octubre de 2002 y otras que la preceden.

La anulación de la libertad contractual llegó a los

extremos de pretender, como en efecto se observa a lo largo del expediente, regular ganancias, gastos y costes, servicios prestados y en consecuencia la reducción total de los provenientes de la misma empresa CIP y, convenían como grupo, cambios hacia la contratación con IBOPE más allá de una consideración que pudiera enmarcarse como una comparación de tarifas y ofertas para evitar abusos de las obtenida individualmente . La realidad fue que la manipulación del mercado y sus precios se inició desde la presión ejercida a CIP para establecer sus ganancias, servicios y costes, hasta no permitirle a IBOPE que modificara sus servicios y precios sin la previa autorización de las investigadas o que ofreciera sus servicios a publicitarias o centrales de medios independientes y con ello afectando el precio que pudiera ofrecer IBOPE libremente. Lo anterior para que finalmente la manipulación o fijación de precios en el mercado arrojara que si IBOPE no ofrecía niveles de precio satisfactorio para las investigadas, se tomaría la decisión colectiva de no contratar el servicio por parte de las investigadas.

En otras palabras, se buscaba hasta cierto punto manipular y/o fijar los precios que les eran cobrados a las agencias como las contraprestaciones y obligaciones de la industria, ya que del borrador del convenio de la industria con IBOPE se desprende que cualquier nuevo adherente al mismo participará de las bondades o no de éste, sin que se le permita libertad contractual ya que se redistribuirían las tarifas, siendo que, cualquier tipo de mejora tiene que pasar por la comisión técnica de la industria encargada de estas evaluaciones y ningún cambio o mejora podrá ser realizado por IBOPE TIME sin la aprobación de la industria y ésta mantendrá constante verificación del desarrollo comportamiento y desenvolvimiento del servicio de monitoreo.

En el estadio de la práctica restrictiva que afecta a CIP, las investigadas utilizaron un mismo sistema para cancelar los contratos, enviaron las notas de cancelación bajo un mismo modelo y en días cercanos, acordes a los lineamientos que habían decidido como cartel en el foro de la APAP.

En este orden de ideas, la industria a partir de una negociación colectiva como tal, decidió realizar la contratación con la empresa IBOPE, cancelar los contratos con la empresa denunciante (CIP) que era la que suministra el servicio de monitoreo, dejando a esta última sin la posibilidad de suministrar el servicio por falta de clientes (incluidos toda la APAP y medios de comunicación televisados y escritos), realizando una especie de convocatoria de propuestas para realizar una

escogencia final del proveedor de los servicios de monitoreo.

A estos efectos es visible que cuando la <<industria>> se une para lograr un propósito, logra que los proponentes ofertantes de un servicio se presenten a una negociación desventajosa en la cual se verifica un cartel de compra contra el proveedor o proveedores y de esta manera logran obtener que el mercado refleje precios que no son los normales en condiciones de competencia, en atención a la cantidad y diversidad de servicios demandados y demás variables que puedan hacer variar los precios de competidor en competidor, e incluso se hagan variar el proveedor por la oferta que propongan para tratar de captar clientela y segmentos de mercado del otro ofertante.

Por consiguiente, los precios que pueda reflejar el mercado no son producto de una libre negociación en el mercado, sino de una negociación manipulada por la <<industria>> para obtener una finalidad (el nivel de precios que desean), y por ende es absolutamente evidente el intercambio de información entre las competidoras con esta finalidad, creando así una distorsión en el mercado.

En nuestro país, el cartel o acuerdo de compra no está permitido o exceptuado de la prohibición general de concertarse para obtener un resultado determinado respecto al precio. Por el contrario, el artículo 11 de la Ley 29 de 1996 prohíbe de manera específica la unión de competidores para la compra o venta de un servicio o bien, para imponer, manipular o fijar un precio o intercambiar información con este objeto o efecto, y no da cabida a interpretaciones basadas en la eficiencia económica para lograr su exoneración. Por consiguiente no existe como excepción el tratamiento del cartel de compra.

Al no establecerse excepciones a los cárteles de compra, la Ley 29 de 1996 no observa justificaciones derivadas de estos acuerdos, y por el contrario, observa al cartel como comprador único que al manipular, concertar, imponer o fijar precios, maximiza sus beneficios como comprador unificado.

Así mismo, la firma de este contrato bajo condiciones de exclusividad por tres años impide que la firma CIP o cualquier otra pueda actuar como proveedor en el mercado de manera alternativa, ya que IBOPE contaría con la masa crítica de clientes de este negocio de manera cautiva por este periodo de tiempo. En este punto lo negativo no es que CIP salga del mercado, porque en régimen de competencia las empresas en general pueden quebrar por falta de competitividad,

40

sino más bien que salga del mercado por virtud de un acuerdo colectivo de transferirse como clientela (actuando como cartel) a otra empresa como proveedora, gracias a la manipulación del precio e intercambio de información que se logra a través del foro de APAP. Esto no lo permite la Ley 29 por restrictivo de la competencia.

Se observa que la manipulación y/o fijación de los precios se extiende incluso por un periodo de tiempo, restringiéndose la capacidad de oferta del mercado y la posibilidad de que las mismas agencias de publicidad puedan alternar con otros proveedores en el caso que deseen lograr mejores tarifas por el suministro de los servicios de monitoreo e incluso de *rating* si se presentasen proveedores opcionales.

Aunado a lo anterior, el resultado de este acuerdo de compra ha traído como consecuencia en el mercado la concentración en un solo proveedor el servicio de *rating* y monitoreo por un periodo de tres años (mínimo por dos años a decisión de IBOPE) o la industria es decir que se excluye la resolución individual del contrato), precisamente derivado de la manipulación del mercado por parte de las investigadas, y por lo cual dentro de ese período de tiempo primarán las tarifas acordadas, sin que éstas puedan estar sometidas a los rigores de la competencia durante este periodo, con lo cual los demandantes han renunciado a contratar individualmente los servicios antes mencionados, con potenciales proveedores ofertantes, favoreciéndose de su poder colectivo.

Finalmente, debemos tener presente que una práctica monopolística absoluta es ilegal y prohibida en sí misma no importa sus efectos, y por ellas son violatorias *per se* de la norma legal; por consiguiente en sí misma al generarse un acuerdo, se crea evidentemente una situación de apariencia de buen derecho y violación al ordenamiento público, por lo cual procede pronunciarse respecto a dicha solicitud de suspensión.

Así las cosas, y en función del mejor funcionamiento del mercado, es necesario realizar nuestras conductas acorde con las reglas de la Ley 29 de 1996, vigentes en nuestro país, debiendo ser interpretadas con el rigor que las mismas contienen. Este pronunciamiento tiene la finalidad de que las contrataciones y negociaciones de las investigadas con los proveedores sean llevadas a cabo de manera individual, con el proveedor que le presente la propuesta más competitiva del mercado. Lo anterior, de manera que cada una de las empresas publicitarias, de forma individual, pueda contratar dicho servicio con el agente económico que así lo prefiera

dentro de un régimen de competencia.”

Los testimonios recabados son vagos e imprecisos en torno a fechas e incluso participación en reuniones en que se tratara el tema del monitoreo; en haber o no formado parte de alguna subcomisión de APAP entre los años 2001 a 2003. Ya sobre el mercado de la referencia, Mario Barleta (Publicuatro) sostiene la necesidad de que una sola empresa preste el servicio de monitoreo, cosa que de 1999 a 2002 hacía CIP. Asevera que como presidente de la APAP nombró una comisión en la que estaban incluidos todos los usuarios del servicio de monitoreo para buscar empresas (vía publicaciones en periódico) que prestaran el mismo servicio y se llamó a una licitación, en la que CIP participó, y fue ganada por IBOPE TIME por tener la mejor tecnología y el mejor precio. Informa que antes de CIP el servicio de monitoreo era dado por personas minusválidas, ciegas, hasta que el gerente murió y nace el servicio de (CIP). Explica que el contrato con CIP en el año 2002 lo firmó bajo presión pues, de no hacerlo, se le desconectaría el servicio y agrega que cuando dio por terminado el contrato con CIP no tenía conocimiento de las decisiones de las otras agencias publicitarias.

En fin, los declarantes son contestes al declarar que CIP era la única empresa que, a esa fecha, prestaba los servicios de monitoreo de la inversión publicitaria, y ante el incremento considerable en los precios que pretendía CIP, se hizo por la búsqueda de un nuevo proveedor, empero si bien existió una comisión que hizo una selección previa, su decisión de cancelar el contrato con CIP fue personal (testimonio de Stephan Proaño -Punto Aparte Publicidad-).

En el caso de Química Publicidad, S.A., según testimonio de Arturo Montenegro, esta empresa no pertenecía a ninguna Comisión de APAP por ser de reciente ingreso a esa asociación, tampoco puede precisar la celebración y asistencia a reuniones de las documentadas en este expediente, de 2000 a 2002 no contrataba los servicios de CIP porque no podía pagarlo, no participó en ocasión en la que APAP decidió convocar a una licitación, tampoco contrató posteriormente a IBOPE TIME por razones económicas.

Otra de las agencias que no participó ni realizó gestiones para la búsqueda de servicios de monitoreo con empresas diferentes a CIP fue RD Nexos, no recuerda si estuvo presente en reuniones de la APAP cuyo tema era licitación de servicio de monitoreo y firmó el comunicado ante la posible necesidad de utilizar los servicios de monitoreo; agrega que tuvo conocimiento de que en el año 2002 se convocó a una licitación en la cual resultó triunfante IBOPE TIME por la secretaria de APAP (testimonio de Rogelio Díaz Fábrega).

Se consideraba un abuso el incremento de los precios por parte de CIP, por lo que entre los años 2001-2003 durante la presidencia de Mario Barleta, la industria (que incluye a los medios) invitó a tres empresas a participar en una licitación cuyas propuestas fueron presentadas ante la Comisión de Monitoreo conformada por Barleta, Tony Fergo, Cesar Campagnani, Nubia Bejarano y el declarante, en la que resultó como mejor respuesta la de IBOPE-TIME (testimonio de Enrique Fernández de Publicidad Interamericana).

40

CIP le prestaba servicios de monitoreo y control de la inversión publicitaria y forma parte de APAP aunque generalmente no asiste a las reuniones de APAP, firmó el documento identificado como "Comunicado de APAP", ello por razón de que Doris de Véliz (CIP) quería imponer el alza de las tarifas lo que trajo como consecuencia el llamado a una licitación; no conoce los parámetros de la licitación, más tiene entendido que ganó IBOPE por ser la propuesta más baja en precio, lo cual conoce por medio de la Comisión, sin embargo no estaba obligado a participar en IBOPE (testimonio de Rafael Bárcenas por Boyd Bárcenas, S.A.)

Se consideró la contratación de un nuevo proveedor por las amenazas constantes de alza y se enteró de posibilidad de otros proveedores por medio de Tony Fergo que iba a reuniones de la industria. No hubo ninguna instrucción para cancelar a CIP sino que cada agencia tomó su decisión y la mayoría terminaron sus contratos con CIP (declaración de Enrique Rohrmoser de Publicis Fergo). La Comisión de Monitoreo se conformó para estudiar los problemas del servicio de monitorero y se realizaban reuniones de toda la industria. IBOPE-TIME le ha suministrado el servicio de monitoreo a un costo menor, después de licitación (declaración de Tony Fergo (Publicis Fergo)).

Solamente interesó a los representantes judiciales de las partes, recibir información por parte de Aixa de Santana (R.D. Nexos) acerca de la confirmación de su envío de carta de cancelación de servicios con CIP en fecha 31 de octubre de 2002.

En su testimonio, Maritza de Diez, Directora Ejecutiva APAP desde el año 2000 manifestó que se encarga de mantener a todos los asociados informados sobre lo que ocurre en el negocio, es el enlace con asociaciones internacionales, coordina las reuniones de los asociados, toma nota de todo lo que sucede y lo reporta a los asociados. Explica que APAP no hace negociaciones, no contrata a nadie. Hace referencia a unos pliegos de cargos, sin embargo no los recuerda ni conoce; expresa que no se publicaron avisos de convocatoria y que las propuestas fueron evaluadas por las televisoras, la radio, La Prensa y APAP, sin embargo no conoce las propuestas, tampoco sobre informes de valoración de las mismas y no recuerda cuáles eran las funciones de la Comisión de Monitoreo. Expresa que la APAP recibía notas de cancelación del servicio de monitoreo que prestaba CIP por parte de las agencias, y al momento en que envió una nota a CIP acerca de la cancelación de los servicios por parte de las agencias así como una carta formato de cancelación junto con el reporte de reunión se limitaba a seguir instrucciones. Estuvo presente en una reunión el 31 de octubre de 2002 en la que se trató el cálculo de precios del histórico de CIP, formas de cálculo de los costos, de los aumentos de los precios de la mano del aumento del incremento de la inflación del año, del contrato con IBOPE-TIME y la decisión adoptada por APAP en fecha 15 de octubre de 2002, la reunión del día 25 de ese mismo mes y año, que congregaba no solo a las agencias publicitarias sino a toda la industria para la aprobación.

CIP, según declaración de Doris de Véliz hace relación a la necesidad de una restructuración en el mercado por razón del surgimiento en el

año 2001 de las centrales de medios en nuestro país y así justifica la necesidad de realizar modificaciones en las tarifas. En lo que toca a la licitación a que hacen referencia las demandadas, insiste en que nunca se recibió un pliego de cargos o solicitud escrita, ni tuvo que consignar fianza alguna. En contrapartida explica la forma en que CIP fue adquiriendo clientes a lo largo del tiempo, mediante el ofrecimiento del servicio puerta a puerta con cada cliente. También explica (y esto concuerda con otras declaraciones constantes en los autos) como fueron los inicios de CIP, la existencia de otras personas que ofrecían y brindaban el servicio en el mercado (aunque se limitaban a servicios para la televisión) en tanto que CIP a manera de innovación brinda servicios más completos (también periódico y radio).

Tampoco Nubia Bejarano de Leo Burnett vio las propuestas de las tres empresas que se dicen licitaron (entre ellas CIP e IBOPE-TIME). Le compraban el servicio de monitoreo a CIP hasta el año 2000 en que fue visitada por esta empresa para tratar el tema del incremento de tarifas y recibió informes de la Comisión de Monitoreo sobre la contratación de IBOPE-TIME por lo que después de la licitación contrataron a IBOPE y dio por terminado el contrato con CIP con seis (6) meses de anticipación pactado. Esta última afirmación de haber cumplido con el aviso o anticipación para la cancelación del servicio, debe decirse que no es cónsona con el contenido de la Nota de fecha 31 de octubre de octubre de 2002.

Al declarar Lucas Véliz de CIP, sostiene que en sus comienzos en 1991

CIP entregaba información a través de informes y folletos para posteriormente (1995) desarrollar con una empresa foránea el servicio intranet que permitía a sus clientes estar conectados al servicio de CIP las 24 horas del día ya sea desde Panamá o el exterior. Entonces, sigue explicando, la empresa IBOPE realizó una evaluación en el área para decidir con cual de las empresas existentes podía hacer una negociación para brindar el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria, escogiendo a CIP por tener la mayor tecnología. Agrega que las negociaciones se encontraban avanzadas, al punto que entregaron planes de negocios, sin embargo la negociación se detuvo cuando empezaron los problemas de la fijación de precios de las agencias por lo que la negociación se efectuó con una empresa costarricense. Asevera que las agencias de publicidad representaron un 70% de los ingresos de CIP. Explica que si bien la empresa declaró pérdida para el año 2002, ésta reflejó un flujo de efectivo de B/.300,000.00 anual, mantenían B/.100,000 en el Banco y B/.200,000 en cuentas por cobrar.

En su declaración Rodolfo García de Paredes (tesorero de APAP para la época y también consultor por lo que en tal calidad participaba en las Comisiones de trabajo en materia financiera o de evaluación numérica), participó verificando la viabilidad de tablas presentadas por CIP basadas en la facturación de las agencias. Ratifica que CIP brindaba los servicios de monitoreo y hubo un intento de otra empresa por brindar dichos servicios, pero no recuerda de que empresa se trataba.

La valoración de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica llevan a este Tribunal a encontrar probados, para la época que concierne a este proceso, los siguientes hechos:

- CIP era la única empresa que prestaba el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria en la República de Panamá.
- Con excepción de QUÍMICA PUBLICIDAD S.A., que no muestra facturación y de la que no consta nota de cancelación de contrato con CIP; INSIGHT ADVERTISING que no muestra facturación para los meses de septiembre y noviembre de 2001 y en el resto de los meses de ese año reporta una facturación significativamente menor en comparación a las demás agencias publicitarias (la suma más alta es de B/.635.00 y la menor de B/.45.00) y GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A., que reporta también una facturación significativamente menor en el año 2001 (la más alta de B/.630.00 en septiembre y la más baja de B/.200.00 en los meses de noviembre y diciembre), y de la que no consta contrato ni cancelación del mismo, el resto de las demandadas, mantenían contratado el servicio de monitoreo que brindaba CIP.
- APAP agrupaba a las sociedades demandadas y en esta sede se llevaron a cabo reuniones en las que, de forma colectiva o, dicho de otra forma, las agencias de publicidad como grupo empresarial y no como personas jurídicas independientes decidieron la cancelación de los contratos por el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria con la empresa CIP para, en su lugar, contratar este servicio con la sociedad IBOPE-TIME, cancelación que se haría efectiva a partir de fecha determinada y decidieron que la comunicación de esta decisión a CIP la haría cada agencia directa e independientemente.
- Con excepción de las sociedades QUÍMICA PUBLICIDAD S.A., INSIGHT ADVERTISING S.A., y GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING, S.A, que con estaban vinculadas a CIP por vía contractual, las demás demandadas cancelaron los contratos de servicio de monitoreo con CIP lo cual le comunicaron por medio de notas remitidas los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002.
- Lo que se ha venido denominando "licitación" en que participaron tres (3) empresas distintas, entre ellas CIP e IBOPE-TIME no reunió los requisitos propios de un acto de licitación (suministro de información necesaria, igualdad de condiciones, reglas, transparencia, llamados públicos a

51

la competencia -no se ha presentado prueba alguna de lo aseverado acerca de pliegos sobre los requerimientos, puestos a disposición de todo aquel que quisiera competir, ni publicaciones en los periódicos a manera de llamado a cualquier interesado en proveer del servicio.

A partir de estos hechos que se consideran probados, lo que sigue es determinar si este comportamiento se constituye en una práctica monopolística o si, por el contrario, se encuentra acorde con la legislación vigente en nuestro país, a la fecha de ocurrencia de los mismos. Será necesario examinar, por lo que interesa a las demandantes, cuales son los comportamientos que la ley considera anticompetitivos y por ende sancionables y, a partir de los argumentos de defensa de las demandadas, los conceptos de eficiencia (en el marco de la práctica que se acusa), monopsonio, monopolio natural y barreras a la entrada de nuevos competidores.

Debe iniciarse señalando que la prohibición de realización de cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o de cualquier otro modo vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la comercialización de bienes y servicios se encuentra contemplada en el artículo 5 de la L.29/96, aplicable a la solución de esta controversia, dada la fecha de acaecimiento de los hechos bajo análisis, observando el texto constitucional que en su artículo 295 prohíbe en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia.

La misma L.29/96 en su artículo 11 numeral 1 señala que constituyen

prácticas monopolísticas absolutas cualesquiera combinaciones, arreglos, convenios o contratos entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, cuyos objetos o efectos sean fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto, actos que serán sancionados, aún cuando no se hayan perfeccionado o no hayan surtido efectos y, además, a la luz del artículo 10, tienen carácter ilícito en sí mismas sin consideración de sus posibles efectos negativos o no, esto es, sin consideración a una posible eficiencia económica. Se trata de la aplicación de la regla *per se* y no de la regla de la razón, reservada por la Ley para otros eventos.

Se acercaron al expediente una serie de dictámenes periciales y, como es usual, (y este caso no escapa a ello), el juzgador se encuentra con pericias en que se sostienen posiciones adversas.

Para el perito Manuel Ferreira existe una razón económica por la que el monitoreo debe ser prestado por un solo proveedor en forma eficiente. Refiere, para el caso que nos ocupa, los altos costos de producción, estructura de costos que da lugar a la generación de economías de escala y resulta más económico que determinada demanda (en este caso de un bien de información) se atendida por un solo proveedor. Agrega que esto no implica que no haya espacio para la competencia (pero se competiría a partir de costos medios mayores). Lo que denomina el "concurso" que en el año 2002 llevó a cabo la Comisión y la Industria daba lugar, desde un enfoque económico, a una

competencia por el mercado. Sostiene este perito que el servicio de monitoreo es un monopolio natural que por los abusos en que puede incurrir, favorece a la aparición del monopsonio con la acción conjunta de la Industria que equilibra esa fuerza del monopolio natural (monopolio bilateral) y tanto comprador como vendedor pueden influir en los precios. Es el diseño de la convocatoria a ese proceso de competencia lo que permitirá determinar si quien convoca indirectamente está fijando o imponiendo el precio de compra del servicio. Solo en una convocatoria no transparente es posible afectar el precio de la subasta al no ser observables las acciones de quienes convocan.

De otro lado, Ricardo A. González en su dictamen sostiene la existencia de una razón económica para que el servicio de monitoreo sea prestado por una sola empresa cual es que la utilidad de la información y sus costos conducen a que no pueda funcionar más de una empresa de monitoreo. Considera que el servicio de monitoreo es un monopolio natural, lo que significa que puede elevar el precio de manera importante, y hasta abusar, sin que el consumo del servicio se vea significativamente reducido; que existen fuertes barreras a la entrada en este mercado que lo hacen un mercado indisputado; la principal barrera es la escasez o falta de de información

En su dictamen Vielka Valenzuela luego de identificar el servicio de monitoreo de la inversión publicitaria como la actividad que utiliza técnicas, herramientas y equipos a fin de establecer y dar seguimiento a las necesidades de control, efectividad y administración de la

información que se difunde en los medios (televisión, prensa y radio) a fin de verificar si las pautas fueron realizadas de acuerdo a lo contratado y hacerse de información sobre la inversión total por producto/cliente, estrategias de compra, tipos de campaña, así como el posicionamiento de las agencias de acuerdo a su facturación, entre otras, considera que no necesariamente dicho servicio deba ser proporcionado por un solo proveedor. Apunta que lo que sí es necesario es la capacidad de llevar adelante la labor de monitorear por lo que es factible el cambio de proveedor y sería también funcional la obtención del servicio por parte de distintos proveedores.

Las consideraciones de Federico Guerra, también en materia de publicidad, explica la mecánica de la prestación del servicio, esto es, la recolección diaria de los comerciales que se difunden en los diferentes medios la cual se pone a disposición del cliente al siguiente día. Sustenta la razón técnica de que el servicio de monitoreo sea brindado por un solo proveedor explicando que al ser las agencias publicitarias las que colocan las pautas en los medios, ambos tienen interés en comprobar que los anuncios sean efectivamente pautados en la forma y número contratados, de manera que la empresa encargada del monitoreo actúa como especie de juez o contralor porque su palabra es final y acatada por ambas partes en caso de discrepancia o reclamo sobre la emisión de las pautas. A diferencia de la perito Valenzuela considera que no es en absoluto funcional que se contraten a proveedores distintos; operaría el cambio de un proveedor único a otro (también único) a través del mecanismo de invitaciones a que presenten sus mejores ofertas en precio y tecnología.

Mireya Vásquez y Pedro Adams explican la mecánica de la prestación del servicio de monitoreo iniciando con la grabación de la pauta y registrando los parámetros de análisis. Para el monitoreo de televisión se requiere tener un televisor por cada canal de televisión a ser monitoreado, el de radio una radio para cada emisora y en el caso de la prensa escrita, comprar el periódico en forma diaria, gastos que son fácilmente asumibles. El segundo paso es la grabación que dependerá del medio de difusión y en un tercer lugar, una vez grabado el anuncio, pasa a un procesamiento de datos que se realiza a través de un software que permite un procesamiento *record* de la información y su captura en tiempo casi real. La contratación la lleva a cabo cada usuario con el proveedor del servicio. Considera que no existe razón técnica para que este servicio sea suministrado por un solo y único proveedor desde el momento en que una misma agencia puede tener el servicio de varios proveedores, dependiendo de distintos factores (medio, contenidos de programas, canales televisivos, etc). Informa (y algunos de estos datos son coincidentes con declaraciones rendidas en este proceso tanto por la sociedad actora como por algunas de las sociedades demandadas) que en Panamá, a través de los años han existido diferentes empresas que han brindado el servicio simultáneamente (en los años 80 lo prestaban Federico Guerra, S.A., Armando Diaz Wong, S.A., y Carlos Mazo; a partir de 1991 nace CIP y en ese mismo año ingresa al mercado Media Trends; en 1996 inicia operaciones la empresa Echonet, S.A., si bien no pudieron competir con la calidad del servicio de CIP, y a partir del año 2003 está en el mercado IBOPE-TIME). Insiste en que la materia prima para estas empresas es la información de los anuncios publicitarios que está al

alcance de todas las interesadas y tiene un costo bajo. Considera funcional la existencia de varios proveedores pues es la forma en que se puede corroborar la información que se recibe, a más de no estar supeditado a la suerte que en un momento dado tenga la empresa proveedora única.

En igual sentido Gaspar Vásquez quien observa como un beneficio la existencia de dos o más empresas que presten el servicio de monitoreo a propósito de que los precios y la calidad de de los servicios se puedan comparar y, adicionalmente, se pueda verificar la certeza de la información. En relación con lo que se ha venido llamando concurso o licitación, indica que la competencia por el mercado pudo haberse desarrollado si bajo premisas de libre concurrencia y transparencia, las empresas prestadoras del servicio hubiesen indicado lo relativo a los aspectos técnicos de su servicio y precio pues en función de ellos se debe decidir cual es el agente económico ganador para entonces proceder a la eventual firma del contrato, contratación que en un mercado de libre competencia debe desarrollarse con la decisión individual de cada agente económico de acuerdo a sus necesidades, con el suplidor de servicios que mejores precios y condiciones técnicas ofrezca.

Pedro Adams en su dictamen sostiene que no nos encontramos frente a un monopolio natural que, de ser así, estaría regulado por el Estado como ocurre con la distribución de energía eléctrica o el agua potable. Explica que otras empresas que prestan servicios similares por efecto de la subaditividad de costos podían perfectamente entrar a competir

en el mercado ofertando mas de un servicio. Fundamenta su oposición a la concepción del servicio de monitoreo prestado por CIP como un monopolio natural, también en el hecho de que dicha empresa no tenia control sobre ninguna facilidad esencial sin el cual otra empresa no pudiera prestar el servicio; en conclusión no existían barreras a la entrada.

En su dictamen Remo Alvarado coincide con aquellos que consideran la inexistencia de razones técnicas o económicas para la existencia de un solo proveedor del servicio de monitoreo. Lo enfoca desde el punto de vista de eventuales deficiencias en el servicio o aumentos desproporcionados de los costos, situaciones en las que sería funcional optar por otro proveedor.

El análisis conjunto de los conceptos externados por los especialistas que actuaron como auxiliares de la justicia, de la mano de la doctrina autorizada, permite a este tribunal afirmar que el enfoque más aceptable para lograr una precisión susceptible de aplicación práctica del concepto de competencia es a través de la exposición de los factores esenciales y concomitantes que hacen a este tipo de conducta, como lo son la independencia de las partes que actúan en el mercado, la oportunidad de acceso al mercado, la libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes, la transparencia del mercado, los incentivos para adoptar conductas competitivas, hablamos pues de la estructura del mercado.

En los últimos años CIP fue la única proveedora del servicio de

monitoreo y control de la inversión publicitaria en Panamá. Esa estructura de mercado -que describe las características importantes de un mercado, como puede ser el número de empresas, el grado de uniformidad del producto o servicio, la facilidad para que las empresas ingresen al mercado y tomando en cuenta la cantidad de demandantes del servicio) puede definirse, en un momento dado, como un monopsonio (la actuación de las agencias publicitarias en sede de APAP muestra características de un monopolio bilateral), estructura de mercado que describe la situación en la cual un solo vendedor negocia con un solo comprador, en vista de que ambas partes (CIP que alcanzó una posición de monopolio en la prestación del servicio y las agencias publicitarias que actuaron como un sólo ente) tienen cierto poder.

No se está juzgando en este proceso la actuación de CIP -en posición de monopolio- para la época en que prestaba sus servicios, especialmente para aquellos tiempos de depresión de la industria a la que hicieron alusión muchos de los declarantes. En todo caso, es claro el artículo 9 de la L.29/96 al establecer que no infringe dicho cuerpo legal el agente económico que se encuentre en una posición de monopolio o alcance una posición tal, por esa sola circunstancia, si dicha posición no ha sido obtenida mediante prácticas prohibidas.

Tampoco cabe duda, (MCEACHERN, William. Economía. Una introducción contemporánea. International Thomson Editores, S.A. de C.V., México, 1998, página 76) de que "Por lo general la competencia mantiene el precio del producto más bajo que cuando el producto lo vende un

monopolio, un solo oferente en el mercado.... Debido a que un monopolio no se enfrenta a ninguna competencia, tiende a cobrar un precio mayor que el óptimo, desde el punto de vista de la sociedad. Por eso, generalmente, el gobierno regula los monopolios y los obliga a reducir el precio."

Ahora bien, frente a un escenario de las características que hemos venido descubriendo con el análisis de las probanzas allegadas a los autos, no deja de corresponder a cada agente económico en un determinado mercado la toma de decisiones en la elección de los bienes y servicios, no sólo que brindará, sino que demandará de terceros, mediante la elaboración de planes estratégicos, investigaciones de mercado, sabiendo que siempre estará presente en un mercado competitivo cierta dosis de incertidumbre, no solo respecto a la propia clientela sino a la disponibilidad de recursos y proyecciones o planes que pueden tener otras empresas en el mercado.

Así las cosas, legítimo y connatural era que los agentes económicos buscasen por maximizar sus beneficios, y en ese sentido gozaban ~~las~~ agencias publicitarias de todo el derecho para encontrar opciones diversas en el mercado (nacional o extranjero) en la demanda del servicio de monitoreo de la inversión publicitaria.

Ahora bien, dicha búsqueda debía encuadrarse en la normativa legal, debía respetar esos preceptos constitucionales y legales a que ya hemos hecho referencia y que propenden por un sistema económico

transparente, con igualdad de oportunidades, y de libertad contractual, de competencia y concurrencia, cosa que no ocurrió en el caso que nos ocupa, desde que se verificó en sede de APAP lo que se dio en llamar una licitación que no cumplía con los requisitos de estar presidida por reglas claras, transparencia, formalidad, documentación, establecimiento de fechas ciertas, e igualdad de oportunidades, lo que se concluye del cúmulo de declaraciones ofrecidas a este expediente y la inexistencia en calidad de pruebas de información documentada que de cuenta de la existencia de los elementos que hemos referido.

El maestro CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, (en su Obra denominada Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina 1983) ha analizado el supuesto en que "Un grupo de empresas que actúan en un determinado mercado pueden acordar no suscribir cierto tipo de contratos sino en determinadas condiciones. Pueden así comprometerse a exigir garantías mínimas de ciertos locatarios, a incluir exenciones de responsabilidad o garantía en determinados contratos, a unificar los procedimientos en caso de incumplimiento de la contraparte, etc. En principio, acuerdos o prácticas concertadas de este tipo no son de distinta naturaleza que las que tienden a fijar o determinar los precios. Las partes utilizando el poder de negociación que les brinda el actuar concertadamente, imponen sobre las personas que con ellas contratan ciertas condiciones uniformes que éstas sólo pueden rechazar absteniéndose de operar en el sector afectado. La acción conjunta de los competidores lleva a que, manteniéndose la libertad de contratar,

se pierda la de fijar el contenido de los convenios que se suscriban. Esta restricción de la competencia es en principio dañosa no sólo por la inflexibilidad que da al intercambio de prestaciones, que se inclinará normalmente en favor de las partes que actúan concertadamente, sino también porque impide utilizar el amplio espectro que brinda la libertad de contratación para definir las relaciones entre los agentes económicos" (página 379). A página 276 el mismo autor, haciendo alusión a la jurisprudencia estadounidense en materia de relaciones concertadas -de lo cual existen precedentes en la jurisprudencia nacional- dice: "Es suficiente que se contemple una acción en concierto y que las partes se ajusten a ella. Las pruebas admisibles a efectos de demostrar la existencia de conducta concertada fueron sucesivamente ampliadas, incluyendo elementos tales como la existencia de reuniones entre las partes, o de correspondencia entre ellas y aun el haberse adoptado conductas sólo explicables en virtud de la existencia de una acción concertada subyacente. Y a página 285 analiza como las "recomendaciones de terceros, por ejemplo, asociaciones empresarias, y otros actos competitivos informales, resultan comprendidos en la categoría de conductas conscientemente paralelas si a éstas dan lugar". En igual sentido, COLOMA, Germán (Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003 a página 88 refiere que "Un tema que suele cobrar relevancia adicional en el encuadramiento jurídico de los casos de colusión es la acción de las cámaras y asociaciones empresariales 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....." Más adelante trata el autor el inconveniente que presenta el empleo de cámaras y asociaciones para llevar a cabo acuerdos colusivos (que para las autoridades de defensa de la competencia deviene en ventaja), de volver explícitas y abiertas colusiones que en otro contexto quedarían encubiertas.

En todo caso, lo anterior dicho parte de la concepción de que sea necesario que el servicio de monitoreo sea prestado por un solo agente económico; más no consideramos que sea así; no se avala la tesis de que estemos en presencia de un monopolio natural.

Ciertamente que, en ocasiones, un monopolio surge de manera natural (algunas veces esto está relacionado con las economías de escala que desarrolla una empresa). En estos casos, una sola empresa puede satisfacer la demanda de mercado a un costo promedio inferior por unidad, en contraste con lo que podrían hacer dos o más empresas y ello trae como consecuencia que sea una sola empresa la que opere en un mercado pertinente. Como este tipo de monopolio surge del carácter mismo del bien o servicio que se ofrece recibe la denominación de "natural", para así distinguirlo de los monopolios artificiales (que surgen por razón de barreras legales de acceso como lo son la exigencia de autorizaciones gubernamentales, por mencionar algún ejemplo).

Las barreras de entrada no son más que restricciones que debe superar el interesado en ingresar a un mercado o, dicho de otra forma, el costo en el que debe incurrir un agente económico que busca ingresar a un mercado, costo éste que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado, y que implica una distorsión en la asignación de recursos. Estas barreras de entrada se catalogan en naturales, artificiales y legales. Explican a lo largo de sus obras los autores citados que las barreras naturales son las que están presentes en mercados en los cuales las propias características tecnológicas de los procesos productivos y distribución y el tamaño del mercado determinan que sea económicamente más eficiente que haya pocas empresas en lugar de muchas, mientras que las barreras legales de entrada se presenta ante diferentes modalidades de regulación estatal, en tanto que otras barreras artificiales son las creadas por las empresas que ya actúan en el mercado para impedir que otras accedan al mismo.

El mercado que tratamos no es un mercado regulado, no se requieren patentes o concesiones especiales por parte del Estado, por lo que un potencial competidor o una empresa de reciente ingreso no encuentra obstáculos más allá de sus propias capacidades para ingresar a dicho mercado. Tampoco existen barreras naturales, ni se encuentra acreditada la existencia de una economía de escala por parte de CIP (no consta que su costo promedio a largo plazo desciende a medida que la producción aumenta y tampoco deben perderse de vista las economías de alcance -que pudiera ser el caso de IBOPE-TIME, según se desprende de documento que esta empresa remitiera a CLICAC).

Sobre este aspecto, en la obra citada de German Coloma se explica a página 53 que las economías de escala no siempre son barreras de entrada propiamente dichas. Esto es así porque si las empresas establecidas y las entrantes potenciales tienen acceso a la misma función de costos, entonces estos últimos pueden entrar al mercado, producir la misma cantidad que las empresas establecidas y tener los mismos costos que éstas.

Entonces bien, siendo la clave del poder monopolista el contar con barreras al acceso (y a la salida) del mercado, aún cuando en un momento dado un solo agente económico esté brindado un servicio específico en el mercado, en tanto no haya barreras para el acceso o la salida, otras empresas podrán ingresar y disputarse ese mercado (puede atender al mismo mercado, tiene acceso a la misma información y a la misma o más avanzada tecnología), máxime si detectan que la única proveedora existente, aprovechando su posición monopolística, cobra un precio desproporcionado, incluso abusivo, que le permite al entrante obtener una ganancia económica.

En conclusión, no encuentra esta juzgadora forma alguna de justificar las actuaciones de las sociedades demandadas en lo que toca a su participación y aportes en algunos casos, en las actividades (reuniones, comisiones, comunicaciones) que dieron lugar al desplazamiento indebido del mercado de CIP. No puede avalar, en un mercado de libre competencia y libre concurrencia, la forma de hacerse (y deshacerse) de proveedores de un servicio importante para su industria y el tipo de contratación adelantada por estas sociedades,

por ser todo ello claramente violatorio de las leyes que regulan la materia.

No alberga duda alguna esta juzgadora en cuanto a que CIP fue desplazada del mercado por la conducta colusiva adoptada por las sociedades demandadas. Deviene concluyente que a CIP le fueron ocasionados daños. Ocurre en este renglón que los auxiliares (especialistas) designados a los efectos de cuantificar tales daños, también llegan a conclusiones opuestas.

A propósito de verificar la ocurrencia de daños fueron realizadas sendas diligencias judiciales. Se confirma por razón de ellas que CIP no está prestando los servicios de monitoreo de la inversión publicitaria. En inspección a depósito donde esta empresa mantiene sus pertenencias pudieron observarse televisores, equipos de VHS, sillas, cajas con *software*, mesas, puertas, servidor que alberga la data, equipos de fax y computadoras.

Señaló el perito Juvenal Arosemena que no le fue suministrada por CIP la información necesaria que sirviera de base para establecer los daños y perjuicios ocasionados. Explica que la sociedad demandante proporcionó unos reportes de facturación mensual del periodo que va de 1999 a 2002 pero nunca se le mostró documentación necesaria como lo son los Libros Diario General y Mayor General, el Diario de Registro de Ingresos de 1996 a 2002, facturas, estados financieros auditados y declaraciones juradas de impuesto sobre la renta de 1996 a 2001; tan sólo le fueron presentadas fotocopias de las declaraciones

de renta de los años 2002 y 2003.

Tras iguales limitaciones, los peritos Oscar Miranda y Alex Ng Arcia expresan que los reportes de facturación mensual no constituyen elementos contables suficientes ni fiables para responder el interrogatorio requerido ni tampoco constituye fuente fiable la declaración jurada de rentas ya que no existe documentación que evidencia una razonable aplicación de principios de contabilidad aceptados en Panamá, así como la aplicación correcta de las normas fiscales. Ponen en duda (e incluso rechazan) la labor efectuada en su momento por el contador público autorizado Magdiel Anria al preparar las declaraciones de renta.

Sí resultó válida y suficiente para el perito Rubén Bustamante la documentación observada. En su dictamen pericial, concluye que los daños y perjuicios ocasionados a la demandante ascienden a la suma de B/.6,574.319.17, mientras el lucro cesante promedio arroja la suma de B/.297,711.58, ello tomando en cuenta los equipos sofisticados con que contaba la empresa, los programas de computación, los equipos de oficina, el histórico de información, la imagen ganada a lo largo de los años, así como lo dejado de percibir ante la cancelación de los contratos. Agrega el perito haber cotejado las sumas que arrojan los reportes de facturación con las cifras que aparecen en la declaración de renta del año 2002 (ingresos brutos anuales para el año 2002 de B/.652,540.50 frente a B/.652,565.50, respectivamente, lo que arroja una diferencia entre ambos documentos por la suma de B/.25.00). A partir de la utilidad del año

2002 (según documentación) le resulta razonable aplicar dicha utilidad para otros periodos o años de facturación y presenta cuadro de cifras de dichas utilidades (para 1999 B/.269,338.74; 2000 B/.324,780.15; 2001 B/.306,243.84; 2002 B/.293,643).

Dispone el artículo 27 de la L.29/96 que en todos los casos en que se infrinjan las prohibiciones relacionadas con prácticas de conductas anticompetitivas podrá imponerse condena al agente económico (mediante acción interpuesta por el agraviado) por virtud de los daños y perjuicios causados que comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de las ganancias dejadas de obtener. Se trata de una responsabilidad extracontractual que descarta la existencia o necesidad de una relación por gracia de contrato, en este caso, entre los agentes económicos, pues la obligación se origina como efecto del daño, y tal responsabilidad atribuida busca la indemnidad del que ha sufrido el daño. En la materia que nos ocupa, también excede el mero carácter indemnizatorio o resarcitorio, alcanzando un carácter punitivo (ante la posibilidad de una condena al triple daño). Los criterios de resarcibilidad (ilicitud de la conducta, injusticia del daño, relación de causalidad entre el daño y la conducta, valoración del daño resarcible) son criterios que reflejan los valores sociales que están presentes en la atribución de una obligación de resarcir.

Las dificultades que enfrenta el juzgador en la labor de determinar el verdadero alcance de los daños en la materia que nos ocupa, son harto sabidas, dada la amplitud y complejidad de las relaciones jurídicas que entraña y la tutela de distintos intereses. Lo cierto es

que nuevas instituciones del Derecho Económico han ido creando configuraciones especiales dentro del género de la responsabilidad extracontractual, que varían la estructura de la figura de la responsabilidad aquiliana consagrada en el Código Civil, fenómeno con amplio reconocimiento también en otras latitudes. No son más que regímenes especiales de responsabilidad civil que constituyen excepciones al régimen general en lo que atañe a la imputación de la obligación resarcitoria, al ámbito operativo de las reglas, a los tipos de daños resarcibles y a las modalidades de resarcimiento que, con respeto al principio de primacía de la realidad (enfoque en la verdadera naturaleza de las cosas, las conductas y sus consecuencias, más allá de las formas jurídicas utilizadas), garanticen la eficacia, equivalencia y proporcionalidad en un contexto dinámico por excelencia, o más bien por naturaleza.

Por el desplazamiento del mercado de CIP, en la forma y momento en que ello ocurre, resultan responsables las sociedades demandadas; tomará como válida esta juzgadora la cifra numérica expresada por el perito Bustamante en concepto de utilidades percibidas por CIP (recuérdese que en el dictamen pericial se señala que, a partir de la utilidad del año 2002 resulta razonable aplicar dicha utilidad para otros periodos o años de facturación y presenta cuadro de cifras de dichas utilidades (para 1999 B/.269,338.74; 2000 B/.324,780.15; 2001 B/.306,243.84; 2002 B/.293,643.22) especialmente la última utilidad percibida (B/.293,643.22). Así serán condenadas solidariamente las demandadas al pago de los daños que se proceden a reconocer con la fórmula del triple daño, arrojando un resultado de ochocientos ochenta

mil novecientos veintinueve balboas con sesenta y seis centésimos (B/.880,929.66) a favor de CIP. No menosprecia esta juzgadora otros haberes o bienes de la empresa que, sin duda, tienen valor (resulta ejemplificante el "histórico" por haber sido así aceptado en algunas declaraciones de las demandadas -y consta en documentación acopiada a los autos la referencia a él-) , empero debe decirse que la insuficiencia probatoria no favorece o aprovecha a la sociedad actora.

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

PRIMERO: DECLARAR que las sociedades demandadas **BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A., PUBLICIS FERGO S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., CAMPAGNANI /BBDO PANAMA S.A., MCCANN-ERICKSON WORLD GROUP/ PANAMA, R. D. NEXOS, antes DIAZ/TBWA, S.A., J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMA S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., QUIMICA-PUBLICIDAD S.A., GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A., e INSIGHT ADVERTISING S.A.,** han infringido los artículos 5 y 11 #1 de la Ley 29 de 1º de febrero de 1996 por cuanto acordaron, convinieron, se combinaron o arreglaron para la manipulación, concertación y/o fijación del precio de compra del servicio de monitoreo de inversión publicitaria en el mercado en que se adquiere este servicio, restringiendo de manera prohibida e ilícita la competencia, constituyendo esto una práctica monopolística absoluta.

SEGUNDO: DECLARAR SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES a las sociedades **BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A., PUBLICIS FERGO S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., CAMPAGNANI /BBDO PANAMA S.A., MCCANN-ERICKSON WORLD GROUP/ PANAMA, R. D. NEXOS, antes DIAZ/TBWA, S.A., J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMA S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., QUIMICA-PUBLICIDAD S.A., GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A., e INSIGHT ADVERTISING S.A.,** frente a la sociedad **SERVICIO DE MONITOREO Y CONTROL DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA, S.A.,** de la reparación de daños ocasionados por haberla desplazado indebidamente del mercado pertinente.

TERCERO: CONDENAR a las sociedades **BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A., PUBLICIS FERGO S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., CAMPAGNANI /BBDO PANAMA S.A., MCCANN-ERICKSON WORLD GROUP/ PANAMA, R. D. NEXOS, antes DIAZ/TBWA, S.A., J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMA S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., QUIMICA-PUBLICIDAD S.A., GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A., e INSIGHT ADVERTISING S.A.,** al pago a favor de **SERVICIO DE MONITOREO Y CONTROL DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA, S.A.,** de la suma de OCHOCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE BALBOAS CON SESENTA Y SEIS CENTÉSIMOS **(B/.880,929.66).**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a las sociedades demandadas a favor de la sociedad actora las cuales

5024

quedan fijadas en la suma de CIENTO DIECINUEVE MIL NOVENTA Y DOS BALBOAS CON CERO CENTESIMOS **(B/.119,092.00)** dividida en partes iguales, dentro de este Proceso Acumulado que por prácticas monopolísticas le siguieron la COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC) y SERVICIO DE MONITOREO Y CONTROL DE LA INVERSION PUBLICITARIA a las sociedades **BOYD BARCENAS S.A., PUBLICIDAD INTERAMERICANA S.A., MEGA PUBLICIDAD S.A., MENDEZ & DIEZ COMUNICACIÓN INTEGRADA, S.A., PUBLICIS FERGO S.A., PUNTO APARTE PUBLICIDAD S.A., CAMPAGNANI /BBDO PANAMA S.A., MCCANN-ERICKSON WORLD GROUP/ PANAMA, R. D. NEXOS, antes DIAZ/TBWA, S.A., J. WALTER THOMPSON SOCIEDAD ANÓNIMA, LEO BURNETT PANAMA S.A., STAR MANAGEMENT HOLDING INC., PUBLICUATRO S.A., QUIMICA-PUBLICIDAD S.A., GÉNESIS PUBLICIDAD Y MARKETING S.A., e INSIGHT ADVERTISING S.A.**

Liquidense los gastos por secretaría.

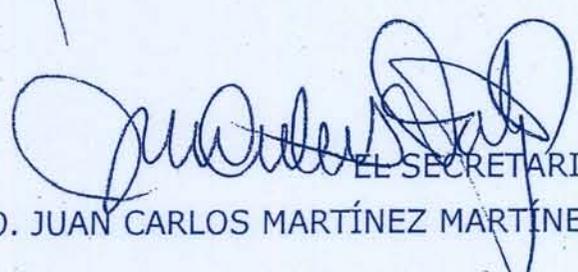
Fundamento de Derecho: artículo 295 de la Constitución Política de la República de Panamá, artículos 5, 9, 10, 11, 27 y 191 de la Ley 29 de 1o. de febrero de 1996, artículo 202 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 artículos 780 y siguientes, 990 y siguientes del Código Judicial.

Notifíquese.



LA JUEZ

LCDA. MARIA TERESA GARCIA SANTIAGO



EL SECRETARIO

LCDO. JUAN CARLOS MARTINEZ MARTINEZ

Hoy 5 de enero de Dos Mil nueve
(2009) a las 11:00 notifica al
señor Lic. Clarisa Araúz (ACODECO)
de la anterior Sentencia no. 109
FIRMA Clarisa Raquel Araúz

EL SECRETARIO

Hoy _____ de _____ de Dos Mil _____
a las _____ notifica al
señor _____
de la anterior _____
FIRMA _____
EL SECRETARIO

Hoy _____ de _____ de Dos Mil _____
a las _____ notifica al
señor _____
de la anterior _____
FIRMA _____
EL SECRETARIO

Hoy _____ de _____ de Dos Mil _____
a las _____ notifica al
señor _____
de la anterior _____
FIRMA _____
EL SECRETARIO

Hoy _____ de _____ de Dos Mil _____
a las _____ notifica al
señor _____
de la anterior _____
FIRMA _____
EL SECRETARIO

Hoy _____ de _____ de Dos Mil _____
a las _____ notifica al
señor _____
de la anterior _____
FIRMA _____
EL SECRETARIO