

**N° de Carpeta:** 506

**N° y fecha de Dictamen:** Dictamen N° 513, del 25/07/05

**N° y fecha de Resolución:** Resolución 124/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica

**Denunciante:** iniciada de oficio a raíz de una publicación periodística

**Denunciados:** Loma Negra C.I.A.S.A., Cementos Avellaneda S.A., Cemento San Martín S.A., Juan Minetti S.A., Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. y la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP).

**Mercado:** producción y comercialización de cemento portland, de alcance nacional

**Conducta:** cartelización e intercambio de información competitivamente sensible

**Resultado:** se aconsejó al Sr. Secretario la aplicación de multas y órdenes de cese

**Resumen del Dictamen:** la investigación se inició de oficio el 31 de agosto del año 1999 luego de que en un artículo periodístico aparecido el 26 de agosto de aquel año en la revista Veintidós se hiciera referencia a la existencia en la industria del cemento portland de una concertación global que incluía repartos de mercado, complot para bloquear el ingreso de nuevos competidores, acuerdos de precios, intercambios de información sobre despachos mensuales y semanales, la conformación de una Mesa de acuerdos, participación concertada en licitaciones públicas, y otras conductas de cartelización en las cuales se encontrarían involucradas las empresas cementeras y la AFCP, entidad que nuclea a estas últimas. Estas conductas, según la mencionada publicación, se habrían venido verificando desde el mes de julio del año 1981. El mercado relevante del producto fue definido como el de la producción y comercialización de cemento portland. En lo que respecta al mercado geográfico relevante, la CNDC consideró que la dimensión nacional era la adecuada para analizar el caso en razón de que los hechos investigados se referían a una concertación de mercado a escala nacional. El conjunto de hechos investigados, indisolublemente conexos entre sí, configuraban diversas infracciones a la Ley 22.262. En ese sentido, la CNDC identificó una conducta de cartelización de la industria del cemento, que tenía como eje la concertación de cuotas y porcentajes de mercado a escala nacional, monitoreado a través del sistema estadístico de la AFCP, en violación de los artículos 1° y 41 incisos b), e), y k) de la Ley 22.262. En función de dicha concertación las empresas cementeras también realizaban acuerdos de precios y demás condiciones comerciales en diferentes localidades o zonas del país, en violación de los artículos 1° y 41 incs. a), c), e) y k) de la Ley 22.262. Asimismo la CNDC identificó una acción concertada de intercambio de información competitivamente sensible entre las empresas cementeras, instrumentado a través del sistema estadístico de la AFCP, en violación de los artículos 1° y 41, inciso b) de la Ley 22.262. De forma que la CNDC consideró que la acción concertada de intercambio de información competitivamente sensible entre las empresas cementeras vía el sistema estadístico de la AFCP violaba la Ley 22.262 de dos maneras diferentes. En primer lugar, dicho intercambio de información competitivamente sensible resultaba violatorio de la ley en tanto pieza esencial e integrante de la concertación de cuotas y participaciones de mercado. En segundo lugar, una acción concertada de intercambio de información competitivamente sensible entre competidores como la llevada a cabo por las empresas cementeras a través de la AFCP, con entidad propia resulta una conducta violatoria de la ley, por cuanto el intercambio de dicho tipo de información, revelador del comportamiento competitivo de cada empresa en un mercado altamente concentrado como el de cemento, distorsiona la competencia al facilitar o favorecer la coordinación o colusión tácita de dichas empresas. El período por el cual se imputaron las conductas anticompetitivas mencionadas abarcó el lapso comprendido entre julio del año 1981 y el 31 de Agosto de 1999. Ello con la salvedad hecha para el caso de PCR respecto de la concertación de cuotas y participaciones de mercado, conducta que se le imputó para el período comprendido entre el 30 de agosto de 1989 y el 31 de agosto de 1999. La CNDC dio por acreditada la existencia de la

cartelización acusada en base a numerosos hechos comprobados a lo largo de la investigación: el intercambio de información competitivamente sensible montado sobre el sistema estadístico de la AFCP, la existencia de auditorías de facturación y despacho encargadas por la AFCP a empresas especializadas, la intervención en el intercambio de información a través de la AFCP de personal comercial o del área de ventas de las empresas involucradas, la existencia de reclamos de las empresas y de la AFCP cuando se producían atrasos o retrasos en el envío de la información por parte de alguna o algunas de las empresas asociadas, el procesamiento por parte de la AFCP como un ítem ultra confidencial de despachos de carácter semanal y su distribución a las empresas asociadas, también con frecuencia semanal, la comunicación por parte de las empresas cementeras a través de la AFCP y su utilización en forma concertada de información privada estratégica, el carácter confidencial de la información competitivamente sensible intercambiada por las empresas cementeras a través de la AFCP, la preocupación inusual de las empresas cementeras y la AFCP en perfeccionar a lo largo del período investigado el sistema de intercambio de información competitivamente sensible, de manera tal de que la información individual de cada empresa pudiera ser intercambiada de la forma más sistemática, detallada, rápida, ágil y confiable que fuera posible, la fuente periodística de la información base del artículo aparecido en la Revista Veintidós, originada en un ex – empleado de Loma Negra, la existencia de diversos episodios de colusión en precios y otras condiciones comerciales en distintas localidades, la existencia de reuniones entre personal de ventas o del área comercial de las empresas investigadas fuera del ámbito de la AFCP, la existencia de una acción concertada (el denominado “Operativo Patagonia”) emprendida contra PCR por el resto de las empresas cementeras en las provincias de Chubut y Santa Cruz durante los años 1987, 1988 y 1989 para forzar su ingreso al cartel, la evolución de las participaciones de mercado a escala nacional de las empresas cementeras durante el período investigado de manera acorde con las que el artículo periodístico señalaba como fruto de un pacto o concertación, la credibilidad de los aspectos centrales del relato contenido en el artículo periodístico. La práctica de intercambio concertado de información competitivamente sensible a través del Sistema Estadístico de la AFCP configuraba con entidad propia una infracción a la Ley 22.262 pues se trataba de una conducta que, al reducir los incentivos a competir de las empresas asociadas, distorsiona la competencia de modo directo, y limita y restringe la competencia de modo indirecto, con potencialidad de perjudicar el interés económico general (artículo 1°, Ley 22.262). En ese sentido el intercambio de información competitivamente sensible puede funcionar tanto como soporte de un acuerdo explícito sobre alguna variable en particular (precios, cantidades, cuotas) y también como mecanismo para hacer posible una coordinación de naturaleza tácita entre las empresas. En este último caso las empresas no se ponen de acuerdo respecto de determinada variable en particular, pero sin embargo el intercambio de información facilita la colusión tácita entre ellas, debilitando y distorsionando la competencia en el mercado. En cuanto a la naturaleza del perjuicio para el interés económico general que se deriva de un intercambio de información competitivamente sensible entre competidores como el implementado por las empresas cementeras, el dictamen señala que no difiere del perjuicio que se genera a partir de una concertación o acuerdo explícito de asignación de cuotas y participaciones de mercado, precios, clientes, zonas o territorios. En ese sentido, en todos los casos en que -directa o indirectamente- se distorsiona o limita la competencia los consumidores, intermedios o finales, terminan perjudicándose, sea con mayores precios efectivos, o con menor calidad, o variedad, con servicios inferiores, o con una combinación de estos efectos. En el dictamen se analizan las defensas de las partes investigadas, considerando en primer término aquéllas que resultaban susceptibles de un tratamiento en forma unificada, para subsiguientemente abordar en forma individualizada las específicas de cada firma y de la AFCP. Entre las defensas tratadas en

forma unificada se encontraban las referidas al desempeño de la industria y al perjuicio al interés económico general derivado de las conductas investigadas, y en segundo lugar a la existencia de supuestas nulidades en las actuaciones. Las defensas tratadas por el dictamen en forma individual giraban en torno a la supuesta falta de coincidencia entre las participaciones efectivas con relación a las que se acusaban como pactadas, al alcance del mercado geográfico relevante, la alegada inexistencia del “Operativo Patagonia”, la ausencia de prueba de colusión en precios, y la justificación del sistema de intercambio de información implementado a través de la AFCP.

La CNDC concluyó que las defensas de las partes imputadas resultaban endeble al no poder explicar en forma verosímil siquiera parte de la evidencia acumulada en el expediente sobre los hechos mencionados en el Libro, que el organismo en forma independiente pudo comprobar. En concreto, las partes imputadas no pudieron explicar de forma verosímil: 1) la razón por la cual se utilizó el Sistema Estadístico de la AFCP para implementar un programa cada vez más sofisticado, ágil y confiable de intercambio de información sobre la posición individual de mercado de cada asociada, 2) por qué razón se auditó en tres oportunidades la información individual que cada empresa asociada proporcionaba a la AFCP, 3) por qué razón eran personas del área comercial quienes se encontraban involucradas en el intercambio de información individual de cada empresa, 4) por qué razón las empresas asociadas a la AFCP reclamaban por los atrasos en el envío de la información individualizada de sus competidores, 5) por qué razón la AFCP confeccionaba un informe semanal con datos de despachos proporcionados por cada empresa y luego distribuidos a todas ellas, 6) la razón por la cual las empresas asociadas compartían entre sí ítemes de información que en condiciones normales de competencia resulta ser información comercial confidencial o reservada, 7) por qué razón la información individual de cada empresa intercambiada a través del Sistema Estadístico de la AFCP recibía trato “confidencial” en el sentido de que era para uso exclusivo de las empresas asociadas, 8) por qué razón en los años 1987, 1988 y 1989 se registró un comportamiento de mercado llamativamente atípico en las Provincias de Chubut y Santa Cruz, y 9) por qué razón si existieron variaciones importantes de las participaciones de mercado a nivel regional sugestivamente se mantuvieron mucho más estables las participaciones a escala nacional.

El dictamen destaca que para establecer la ilegalidad de las conductas investigadas debe verificarse: 1) la existencia de “actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios”; 2) “que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado”; y 3) que de dichos actos o conductas “pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. Los tres requisitos mencionados se verificaron en el caso bajo análisis, tanto en relación con la conducta de cartelización de la industria vía la concertación de cuotas y participaciones de mercado, como en relación con la conducta de intercambio de información competitivamente sensible. En ese sentido no cabían dudas de que la concertación de cuotas y participaciones de mercado entre las empresas cementeras asociadas a la AFCP resulta ser una conducta relacionada con la producción e intercambio de bienes y servicios. La misma afirmación debía efectuarse respecto del intercambio concertado de información competitivamente sensible implementado a través del Sistema Estadístico de la AFCP: se trata también de una conducta relacionada con la producción e intercambio de bienes y servicios. En segundo lugar, la concertación de cuotas y participaciones de mercado entre las empresas cementeras asociadas a la AFCP, descripta y demostrada en la sección correspondiente del dictamen, constituyó indudablemente una conducta que limitó, restringió y distorsionó la competencia en el mercado relevante definido. De igual forma el intercambio concertado de información competitivamente sensible entre las empresas cementeras montado a través del Sistema Estadístico de la AFCP constituyó una conducta que distorsionó, limitó y restringió la

competencia en el mercado relevante definido. En tercer lugar, de la limitación, restricción o distorsión de la competencia que el acto o conducta produce debe poder resultar un perjuicio para el interés económico general. A este último requisito se hizo referencia oportunamente en el dictamen, concluyéndose que tanto la conducta de concertación de cuotas y participaciones de mercado a escala nacional como el intercambio de información competitivamente sensible son conductas de las cuales puede resultar perjuicio para el interés económico general. Las medidas aconsejadas en el dictamen consistieron en multas y orden de cese. La Ley N° 22.262 establece en el Capítulo II, Sección II, artículo 26 inciso c) que se podrá disponer la aplicación de multa cuyo monto podrá elevarse hasta un veinte por ciento (20%) por encima del beneficio ilícitamente obtenido. La CNDC entendió procedente en el presente caso elevar la multa hasta el importe del beneficio ilícitamente obtenido por las empresas infractoras, incrementado en un veinte por ciento (20%). La determinación del beneficio ilícitamente obtenido por las empresas cementeras a través de las conductas anticompetitivas imputadas considera el monto total transferido por los consumidores a las mencionadas empresas como consecuencia de las conductas anticompetitivas en las que han incurrido. En otras palabras, los ingresos extras (o adicionales) que han obtenido las empresas cementeras infractoras como consecuencia de las conductas anticompetitivas en las que han incurrido, constituye el beneficio ilícitamente obtenido. La elevación de la multa un veinte por ciento (20%) por encima del beneficio ilícitamente obtenido resulta una medida apropiada a los efectos de disuadir la comisión de conductas anticompetitivas, dado que en caso de resultar inferior al beneficio obtenido la acción anticompetitiva resultaría económicamente rentable aun teniendo en cuenta la aplicación de dicha sanción. Además de la mencionada consideración de carácter general, en el presente caso en particular la elevación de la multa por el importe del beneficio ilícitamente obtenido incrementado en un veinte por ciento (20%) se justificaba plenamente por diversos motivos. En primer lugar, porque las concertaciones o acuerdos horizontales entre competidores son las conductas que más clara y directamente violan el régimen de defensa de la competencia, tanto es así que la Ley 22.262 llegó a prever sanciones de prisión por dicho tipo de conductas. En segundo lugar, por cuanto las conductas imputadas fueron llevadas a cabo por las empresas cementeras y la AFCP de forma consciente y sistemática, haciendo del Sistema Estadístico de la mencionada asociación un mecanismo crecientemente sofisticado para el control y soporte de la concertación de cuotas y participaciones de mercado. En tercer lugar, por cuanto las empresas cementeras infractoras han emprendido acciones con fines de escarmiento. Por ejemplo, contra PCR por no avenirse a los términos del acuerdo o concertación (el denominado “Operativo Patagonia”). En cuarto lugar, por cuanto conocían perfectamente la ilicitud del conjunto de acciones que conformaron las conductas anticompetitivas concertadas, por ejemplo dando trato confidencial y restringido a la documentación e información competitivamente sensible que producía el Sistema Estadístico de la AFCP. En quinto lugar, la importancia del producto involucrado como insumo en la industria de la construcción, la extensión del mercado geográfico abarcado –todo el ámbito nacional -, y la extensión del período investigado –prácticamente veinte años- da cuenta de la magnitud del comercio afectado por las conductas anticompetitivas incurridas.

A los efectos de la estimación del beneficio ilícitamente obtenido se tomó el volumen de cemento comercializado en el mercado relevante por cada una de las empresas incursas en las conductas anticompetitivas imputadas a lo largo del período investigado. Ese volumen fue luego multiplicado por un precio actual promedio de las ventas de cemento a granel y embolsado, ponderado por el volumen vendido en cada una de dichas modalidades. Este cálculo lleva a valores presentes el importe de las ventas de cemento afectadas por las conductas anticompetitivas sancionadas. Debido a que resulta extremadamente difícil determinar la magnitud del efecto de las prácticas anticompetitivas

sancionadas sobre los precios y cantidades transadas, la CNDC, siguiendo un criterio extremadamente conservador, entendió que bajo ningún escenario posible resultaría razonable concebir que las empresas sancionadas hubieran obtenido un beneficio ilícito inferior al 1% del comercio involucrado. En el caso de PCR se consideró aconsejable establecer la multa con una reducción en su importe del treinta por ciento (30%) del beneficio ilícitamente obtenido en virtud de que ha participado del intercambio de información competitivamente sensible durante todo el período investigado (julio de 1981 al 31 de agosto de 1999) pero sólo ha participado de la concertación de cuotas y participaciones de mercado a escala nacional a partir de agosto de 1989. Adicionalmente se consideró, en alguna medida, un atenuante el hecho de que fue presionada para ingresar a la concertación o acuerdo de cuotas y participaciones de mercado. A los fines del cálculo del importe final de las multas el beneficio ilícitamente obtenido por cada una de las empresas sancionadas fue incrementado en veinte por ciento (20%). En consecuencia, las multas aplicadas resultaron ser de \$ 138.7000.000 para LOMA NEGRA, \$ 100.100.000 para MINETTI, \$ 34.600.000 para CEMENTOS AVELLANEDA, \$ 7.300.000 para PCR y \$ 28.500.000 para CEMENTO SAN MARTIN. En el caso de la AFCP, la multa impuesta ascendió al máximo previsto por la ley en razón de que dicha entidad jugó un papel imprescindible tanto en la conducta de concertación de cuotas y participaciones de mercado como en la conducta de intercambio de información competitivamente sensible. Además obró sistemática y deliberadamente en el perfeccionamiento de su Sistema Estadístico como mecanismo de soporte y control de la concertación de cuotas y participaciones de mercado. La AFCP también conocía perfectamente la ilicitud del conjunto de acciones que conformaron las conductas anticompetitivas concertadas, por ello ha dado trato confidencial y restringido a la documentación e información competitivamente sensible que producía el Sistema Estadístico de la AFCP.

Asimismo el dictamen aconsejó ordenar a la AFCP que en adelante se abstenga de distribuir entre sus asociados información competitivamente sensible sobre la producción, y/o importaciones, y/o despachos de cemento portland de estos últimos. Por información competitivamente sensible se conceptuó como toda aquella que permita, directa o indirectamente, individualizar sea la producción, importaciones, y/o despachos de cemento de las empresas asociadas con cualquier nivel de apertura, ya sea por planta, destino, envase, medio de transporte o área geográfica. En caso de que la AFCP decidiera no encomendar a un tercero ajeno a dicha entidad y a las empresas asociadas la recolección y procesamiento de la información individual de cada una de dichas empresas, la mencionada entidad deberá tomar los recaudos y medidas de seguridad necesarios para que la información individual de cada empresa sólo resulte accesible para el personal de la AFCP encargado del manejo del Sistema Estadístico, quien deberá guardar estricta confidencialidad sobre la misma. Asimismo, en caso de que el SEÑOR SECRETARIO siguiese el temperamento indicado en el dictamen, la CNDC consideró aconsejable ordenar a la AFCP que en el término de sesenta (60) días a partir de la notificación de la Resolución respectiva adecue su Sistema Estadístico de manera tal de cumplimentar lo en ella estipulado.