

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 periodista autor de la nota mencionada, el Sr Marcelo Zlotogwiazda, fue llamado a prestar declaración testimonial en las actuaciones y en dicha oportunidad además de ratificar lo expuesto en la publicación acompañó el material que sirviera de base al artículo de su autoría. Dicho material le fue proporcionado al periodista en forma personal por un ex funcionario de Loma Negra, y comprendía, además de documentación diversa sobre los hechos aludidos en el artículo, un Libro no editado, conteniendo un pormenorizado relato de los orígenes y funcionamiento del cartel montado en la industria del cemento portland. La investigación de la CNDC se dirigió, en consecuencia, a corroborar los hechos mencionados en el artículo periodístico y en el Libro. Las empresas investigadas negaron la veracidad del relato contenido en el Libro, y en especial Loma Negra señaló que se trataba de un medio de extorsión utilizado por su ex empleado, sin embargo dichas empresas nunca mencionaron que hubieran iniciado algún tipo de acción legal en contra de esa persona por extorsión o por calumnias e injurias, ni tampoco en contra de la publicación periodística. En el mes de octubre de 1999, la CNDC solicitó y obtuvo autorización judicial para allanar la sede de la AFCP, encontrando abundante documentación relacionada con el sistema de intercambio de información implementado entre las empresas cementeras vía dicha entidad, auditorías de facturación y despacho sobre las empresas asociadas y reuniones en el seno de dicha entidad vinculadas con ambas cuestiones. El cemento portland es un ligante hidráulico utilizado fundamentalmente en la industria de la construcción.

El mercado relevante del producto fue definido como el de la producción y comercialización de cemento portland en razón de que las conductas investigadas se referían a dicho producto, el cual es objeto de una demanda muy específica de parte de la industria de la construcción, no existiendo sustitutos suficientemente cercanos. Desde el punto de vista de la sustitución por el lado de la oferta, se consideró que resultaba extremadamente difícil que productores de otros bienes pudieran comenzar a fabricar cemento portland. Las empresas investigadas representaron el cien por ciento de la producción local de cemento portland a lo largo de todo el período investigado

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. En todo el territorio argentino existe un patrón de solapamiento de los despachos de las empresas cementeras investigadas en las diversas áreas en que puede subdividirse dicho territorio. Por otro lado la amenaza de importaciones del producto no resultaban suficientemente importantes por la existencia de costos de transporte, aranceles para los países no miembros del Mercosur, acciones antidumping de las empresas cementeras imputadas y el hecho de que estas últimas han resultado propietarias o se encontraban en asociación con productores de países limítrofes. Dadas estas condiciones no cabían dudas respecto a que las empresas cementeras podrían tener el interés y la capacidad de conformar un cartel de la industria 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 1º 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 1º 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 1º 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. Luego de reseñar que la lucha contra los carteles resulta de orden primordial en las jurisdicciones de relieve internacional y que resulta frecuente observar en la jurisprudencia antitrust que no se exija prueba directa para demostrar dichas prácticas, la CNDC dio por acreditada la existencia de la cartelización acusada en base a numerosos hechos comprobados a lo largo de la investigación.

En primer lugar, la CNDC entendió que el intercambio de información competitivamente sensible montado sobre el sistema estadístico de la AFCP, con las características que presentaba, sólo encontraba una explicación plena en que dicho sistema constituía un mecanismo de soporte y control de la concertación de cuotas y participaciones de mercado entre las empresas cementeras asociadas, imprescindible para detectar incumplimientos y corregir desvíos respecto de las cuotas y participaciones concertadas. A través de dicho sistema estadístico, que fue perfeccionándose a lo largo del período

investigado, las empresas asociadas intercambiaban información de carácter mensual sobre despachos y producción individuales de cada una de ellas. Las cifras individuales de despacho presentaban numerosas y variadas aperturas: de tipo geográfico (nacional, provincial y localidades), por planta de cada empresa, por tipo de destinatario (sector público, sector privado y exportación), por envase (bolsas y granel), y por medio de transporte (por camión, por ferrocarril, por vía marítima, por vía fluvial y consumo interno). Las cifras individuales de producción y existencias mensuales de cemento portland eran informadas por empresa y por planta de cada empresa. Las empresas cementeras también intercambiaban las cifras individuales de las importaciones mensuales de cemento que cada una de ellas realizaba. Todas las cifras de despacho, producción e importación individuales de cemento portland en las diversas aperturas mencionadas constituyen información competitivamente sensible en tanto permiten individualizar el desempeño reciente de cada empresa en el mercado. Además, las estadísticas o planillas intercambiadas se encontraban diseñadas de manera tal que ilustraran sobre la evolución del desempeño individual de cada empresa, por ejemplo comparando los despachos y porcentajes de mercado individuales del mes informado con los del mes inmediato anterior y los del mismo mes del año anterior. De esta forma cada empresa tomaba conocimiento detallado del desempeño individual de cada uno de sus competidores. Las cifras intercambiadas también constituían información de carácter reciente, en el sentido de que se refieren a la producción, despachos e importaciones de los meses previos inmediatos. En el caso particular de la estadística de despacho provisional, contenía información de los despachos individuales de las empresas cementeras del mes inmediato anterior, por planta de cada empresa, desagregados en mercado interno, mercado externo y totales, y las participaciones de mercado respectivas. Esta estadística de despacho provisional "anticipaba" las cifras de despachos definitivos, que eran intercambiadas con un rezago de un mes (en el caso de la Planilla de Despachos Mensuales) o a lo sumo unos pocos meses (en el caso de la Planilla General). La confección de una estadística de despachos provisionales que se distribuía a las asociadas dentro de los primeros días del mes siguiente al informado, cuando las cifras definitivas de despachos serían distribuidas por la AFCP al mes subsiguiente o a los pocos meses (dos, tres, cuatro o a lo sumo cinco meses) resultaba demostrativa de la necesidad de las empresas de contar en forma extremadamente rápida con la información de los despachos individuales de sus competidores. Esta premura -entendió la CNDC- sólo se explicaba plenamente por el propósito de las empresas cementeras y de la AFCP de controlar el cumplimiento de un acuerdo o concertación de cuotas y participaciones de mercado y ajustarse a sus términos.

En segundo lugar, quedó acreditado que las empresas asociadas y la AFCP en los años 1981, 1984 y 1990 encargaron diversas auditorías de facturación y despacho a empresas especializadas. El hecho de que la primera auditoría de facturación y despacho fuera encargada en el año 1981 resultaba concordante con el relato contenido en el Libro, que ubica el comienzo del acuerdo o concertación de cuotas y participaciones de mercado precisamente en dicho año. La literatura especializada destaca la existencia de auditorías como un rasgo típico de las concertaciones o acuerdos de cartelización de una industria, cuya finalidad es verificar que los participantes en dichas prácticas no hagan trampa, ya sea con ventas inferiores a las acordadas o apartándose de alguna otra forma de los términos establecidos. Las empresas asociadas intercambiaban vía la AFCP tanto las cifras de los despachos domésticos de cemento como las cifras de los despachos destinados a exportación. Ninguna de las partes imputadas en las actuaciones pudo explicar por qué si las auditorías encargadas eran a los efectos del cálculo de la cuota social se excluían del alcance de las mismas los despachos de cemento con destino a la exportación, o por qué a los efectos del cálculo de dicha cuota se excluiría a las exportaciones de cemento. De modo que ello resultaba un hecho que corroboraba lo señalado en el Libro en cuanto a que el acuerdo o concertación de cuotas y participaciones de mercado sólo comprendía el cemento despachado con destino al mercado doméstico. Esta circunstancia, al mismo tiempo daba por tierra con la explicación brindada por las imputadas quienes en forma imprecisa pretendían justificar las auditorías por su supuesta vinculación con la utilización de las cifras de despachos para el cálculo de la cuota social que debían aportar las asociadas a la AFCP, ya que si ese fuera el propósito no se explica la razón de la exclusión de las exportaciones del alcance de dichas auditorías, siendo que éste también era un ítem de información intercambiado. Por lo demás en ningún lugar de la documentación secuestrada en el allanamiento se menciona que las auditorías de facturación y despacho tuvieran relación con el cálculo de la cuota social ni las imputadas acompañaron ni indicaron documentación respaldatoria alguna de donde surgiría dicha circunstancia. Por último resultaba un hecho altamente sugestivo que las tres auditorías encargadas por la AFCP resultaran coincidentes o cercanas a los tres años en que según el Libro se establecieron las participaciones pactadas o se produjeron cambios importantes en las mismas.

En tercer lugar, quedó acreditado que las personas que intervenían por las empresas en el intercambio de información a través de la AFCP, ya sea enviando o recibiendo datos, y/o en el funcionamiento e implementación de dicho sistema, resultaba ser en su gran mayoría personal comercial o del área de ventas, de jerarquías diversas dentro de cada empresa, y muchas de ellas aparecen mencionadas en el Libro como integrantes de la Mesa de Acuerdos. La CNDC entendió que la participación de personal comercial o de ventas en el sistema de intercambio de información sólo encontraba una explicación lógica en que dicha información constituía un insumo necesario para que la toma de las decisiones comerciales corrientes de cada una de las empresas cementeras asociadas se ajustara a los términos del acuerdo de asignación de cuotas y participaciones de mercado. De lo contrario no se ve la razón por la cual la información intercambiada debería ser manejada directamente al nivel de dichos estamentos dentro de cada empresa.

En cuarto lugar, quedaron acreditados 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. Las demoras típicas en la entrega de algunas de las estadísticas de información competitivamente sensible que producía el sistema estadístico de la AFCP no iban más allá de unos pocos meses: dos, tres, cuatro o a lo sumo cinco meses. Al mismo tiempo los reclamos hacían referencia a que de enviarse con demora la información dicha "herramienta" sería emitida a "destiempo" y en consecuencia perdería "actualidad" o "valor". La CNDC concluyó que este tipo de

reclamos, efectuados tanto por las empresas asociadas como por la AFCP, que transuntaban premura por contar con las cifras de despachos, producción e importaciones individuales de cada cementera, obedecía a la necesidad de que cada asociada ajustara sus decisiones comerciales a los términos del acuerdo de asignación de cuotas y participaciones de mercado, pues de lo contrario no se entiende la razón por la cual demoras de dos, tres o cuatro meses harían perder “actualidad” o “valor” a la mencionada “herramienta”.

En quinto lugar, también resultó acreditado que la AFCP procesaba como un ítem ultra confidencial informes de despachos de carácter semanal y los distribuía a las empresas asociadas, también con frecuencia semanal. La CNDC evaluó que la existencia de un informe de los despachos de carácter semanal sólo encontraba explicación en la necesidad de adecuar de la forma más ajustada posible los despachos de cemento de cada asociada a los términos del acuerdo o concertación de cuotas y participaciones de mercado.

En sexto lugar, quedó acreditado que las empresas cementeras imputadas se comunicaban y utilizaban en forma concertada información privada estratégica. En ese sentido dichas empresas en diciembre de 1996 acordaron considerar una nueva apertura de la estadística del Despacho por Localidades, propuesta por la empresa Loma Negra, quien la utilizaba internamente en sus negocios. Dicha propuesta fue implementada en forma parcial. La CNDC consideró que el hecho mencionado resultaba una circunstancia claramente indicativa de la existencia de una concertación entre las empresas cementeras para restringir, limitar y distorsionar la competencia, por cuanto nada menos que la empresa más importante del sector develó y compartió con sus competidores información estratégica de su propio negocio, que en ausencia de concertación resulta normal que sea celosamente guardada y no develada a los competidores.

En séptimo lugar, quedó acreditado que la información competitivamente sensible intercambiada por las empresas cementeras a través de la AFCP, tenía carácter confidencial. La AFCP a través de sus publicaciones oficiales (Anuario Estadístico, Datos Estadísticos y el Suplemento Estadístico) divulgaba sólo datos agregados de la industria, sin individualizar las cifras de despacho, producción e importaciones de cada empresa. Sin embargo, la información individual de cada empresa, que era intercambiada a través del Sistema Estadístico de la AFCP, era de carácter confidencial y secreta, pues se encontraba restringida a la circulación interna entre las empresas asociadas y sólo a determinadas personas dentro de cada empresa, con exclusión de cualquier otra persona ajena a las mismas. La CNDC evaluó que el carácter restringido y confidencial de la información intercambiada resultaba indicativo de la existencia de una concertación entre las cementeras para restringir, limitar y distorsionar la competencia en el sector.

En octavo lugar, quedó acreditada 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 CNDC consideró que semejante afán y esfuerzo sólo resultaba explicable por la existencia de un acuerdo subyacente de asignación de participaciones de mercado entre las empresas cementeras.

En noveno lugar, la CNDC tuvo por acreditado que la información base del artículo periodístico aparecido en la Revista Veintidós fue proporcionado por un ex – empleado de Loma Negra. Dicha circunstancia fue considerada por la CNDC como un elemento que daba credibilidad a los hechos narrados en el Libro y que dicho ex – empleado también relató al Sr. Marcelo Zlotogwiazda. Por otra parte, a pesar de que Loma Negra manifestara reiteradamente que el Libro formaba parte de una maniobra de extorsión en su contra y que la publicación periodística resultaba calumniosa, en ningún momento

mencionó que hubiera iniciado acciones legales al respecto, como hubiera sido de esperar si la versión resultara infundada.

En décimo lugar, la CNDC entendió que se había acreditado la existencia de diversos episodios de colusión en precios y otras condiciones comerciales en distintas localidades, de las que participaron Loma Negra, Minetti, Cementos San Martín y Corcemar. Dichos episodios de colusión en precios aparecían mencionados en la documentación acompañada por el periodista Marcelo Zlotogwiazda, que a su vez le fuera entregada por el ex – empleado de Loma Negra.

En décimoprimer lugar, la CNDC tuvo por acreditada la existencia de reuniones entre personal de ventas o del área comercial de las empresas investigadas fuera del ámbito de la AFCP y/o del ICPA. Dichas reuniones se mencionan en el Libro y en la documentación acompañada por el Sr. Marcelo Zlotogwiazda, quien a su vez la recibió del ex – empleado de Loma Negra.

En décimosegundo lugar, la CNDC consideró acreditada la existencia de una acción concertada 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. Esta acción concertada es denominada Operativo Patagonia en el Libro, y consistió en invadir la región con cemento más barato que el de PCR y condiciones de venta mucho más blandas que las vigentes en el resto del país. Dicha invasión conjunta resultó un comportamiento de mercado atípico por cuanto del mismo participaron empresas (Cementos Avellaneda y Cemento San Martín) que por la localización de sus plantas su presencia en las mencionadas provincias no resulta esperable, y menos en forma simultánea o conjunta. Luego de dicha incursión las mencionadas empresas prácticamente desaparecieron de la zona. Al mismo tiempo durante dichos años se registró una caída notoria en las ventas y participación de mercado de PCR en las provincias aludidas, que tampoco resulta explicable teniendo en cuenta sus ventajas de localización. Las razones que según el Libro llevaron a las empresas cementeras imputadas a realizar esta acción conjunta residían en que PCR se encontraba trabajando por dicha época a plena capacidad mientras que el resto operaba con la mitad de su capacidad utilizable. Esta última circunstancia así como el comportamiento atípico de los despachos y participaciones de mercado fue comprobada en forma independiente por la CNDC a través de las cifras de producción, despacho y capacidad aportados por la AFCP al expediente.

En décimotercer lugar, la CNDC dio por acreditado que la evolución de las participaciones de mercado a escala nacional de las empresas cementeras durante el período investigado se habían comportado manera acorde con las que el Libro señalaba como fruto de un pacto o concertación. La asignación de participaciones de mercado a escala nacional para cada una de las empresas constituía la variable fundamental del acuerdo o concertación anticompetitiva en el que se encontraron embarcadas las empresas cementeras y la AFCP durante el período investigado. Según la narración contenida en el Libro, en el año 1981 se fijaron las participaciones de mercado iniciales de cada empresa, las que sufrieron alteraciones en los años 1983 y 1991. La CNDC consideró una circunstancia altamente sugestiva –corroborando en ese sentido la narración contenida en el Libro- el hecho de que las tres auditorías de facturación y despachos encargadas por la AFCP tuvieran lugar respecto de despachos de cemento verificados en los años 1981, 1983 y 1990, años que coinciden o resultan cercanos a las fechas en que el mencionado documento indica que se fijaron o se produjeron cambios en las participaciones de mercado acordadas. A lo largo de todo el período investigado las participaciones de mercado efectivamente observadas se ajustaban notablemente con las participaciones pactadas.

En decimocuarto lugar, la CNDC consideró que los hechos comprobados en forma independiente otorgaban credibilidad a los aspectos centrales del relato contenido en el

Libro. En ese sentido resultaron acreditadas una serie de afirmaciones centrales contenidas en dicho documento, en cuanto a que: a) en el sistema de intercambio de información participaba personal de las empresas del área comercial o administrativa de ventas, b) la información era procesada por los empleados de la AFCP, c) las empresas imputadas, por su lado y con planillas similares, verificaban el proceso, d) se seguían los despachos fábrica por fábrica y empresa por empresa y las participaciones respectivas dentro del total despachado, e) de esas cifras también se llevaba un acumulado que se vigilaba en forma porcentual, f) existió un intercambio de cifras semanales de despacho, g) los intercambios de cifras tenían carácter confidencial o reservado, h) para lograr que las empresas asociadas no mintieran en las cifras de ventas intercambiadas la Asociación contrató un auditor externo, i) entre los años 1987 y 1989 se verificó el denominado Operativo Patagonia, y j) las empresas pactaban precios en diversas localidades.

La CNDC entendió que el intercambio concertado de información a través del Sistema Estadístico de la AFCP resultaba ser una pieza o componente esencial de la conducta de reparto de cuotas y participaciones de mercado, funcionando como mecanismo de soporte y monitoreo. Al mismo tiempo desde el punto de vista probatorio el Sistema Estadístico de la AFCP constituía una de las pruebas principales de la existencia de la concertación de cuotas y participaciones de mercado.

La CNDC consideró que lo señalado precedentemente no quitaba que el intercambio concertado de información competitivamente sensible montado sobre el Sistema Estadístico de la AFCP configurase al mismo tiempo, y con entidad propia, otro tipo de conducta anticompetitiva, al funcionar como un mecanismo de distorsión de la competencia en el mercado de cemento, en infracción a los artículos 1° y 41 inciso b) de la Ley 22.262. En ese sentido el intercambio concertado de información competitivamente sensible montado sobre el 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). 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. El mecanismo por el cual el intercambio de información competitivamente sensible debilita y distorsiona la competencia en un mercado oligopólico facilitando la colusión tácita se explica porque uno de los elementos clave de la competencia en un mercado es la incertidumbre o desconocimiento que tiene cada empresa respecto de las acciones competitivas de sus rivales. Esta incertidumbre hace que si un determinado competidor percibe una reducción en la demanda de su producto no pueda establecer con certeza si ello obedece a un comportamiento más agresivo de sus rivales que le están quitando ventas o, en cambio, a una caída en la demanda agregada que afecta a toda la industria en forma generalizada. Si el competidor en cuestión tuviera certeza de que las disminuciones en sus ventas obedecen a una política comercial agresiva de sus competidores adoptaría él mismo también un comportamiento más agresivo para no perder ventas y rentabilidad. El corolario que se extrae a partir del análisis precedente es que la incertidumbre sobre la acción comercial de los rivales genera mayor intensidad competitiva en el mercado. En ausencia de una concertación para intercambiar información competitivamente sensible las transacciones individuales de cada empresa, dado que se trata de negocios privados entre éstas y sus clientes, no resultarían observables para las restantes cementeras. Esta ausencia de transparencia complicaría o

haría improbable la tarea de las empresas de coordinar –tácitamente- reducciones en las cantidades vendidas que condujera al mercado a una situación más cercana al resultado monopolístico y, por otro lado, también generaría los típicos incentivos en cada empresa individual a otorgar bonificaciones y otras ventajas comerciales para aumentar los despachos y su rentabilidad dado que estos despachos adicionales no serían rápidamente detectados por sus competidores. Ambos efectos, generados por la incertidumbre de cada empresa sobre el comportamiento de sus rivales harían que la intensidad competitiva en el mercado fuera mayor. Luego el dictamen analiza la práctica, la literatura y la jurisprudencia comparada, citando antecedentes en apoyo de que el intercambio de información competitivamente sensible en mercados oligopólicos resulta una práctica contraria al régimen de defensa de la competencia.

Seguidamente el dictamen analiza el perjuicio al interés económico general derivado de las conductas de cartelización de la industria y de intercambio de información competitivamente sensible. En ese sentido una cartelización de la industria como la llevada a cabo por las empresas cementeras investigadas, al concertar cuotas y participaciones de mercado, perjudica al interés económico general básicamente porque reduce el excedente de los consumidores. La mencionada conducta anticompetitiva al manipular artificialmente la oferta tiene por efecto reducir las cantidades consumidas e incrementar los precios respecto de la situación que prevalecería en ausencia de tal conducta. 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.

A continuación el dictamen analiza las defensas de las partes investigadas. En primer lugar se consideran cuestiones que por la similitud de los planteos efectuados por las partes investigadas podían ser tratadas en forma conjunta: en primer lugar el desempeño de la industria y el perjuicio al interés económico general derivado de las conductas investigadas, y en segundo lugar la existencia de supuestas nulidades en las actuaciones. En lo que respecta al desempeño de la industria las partes investigadas sostuvieron que durante el período investigado se verificó una expansión de la capacidad instalada, lo cual indicaría la ausencia de colusión. La CNDC entendió que la expansión de la capacidad instalada durante el período investigado no colisionaba con la hipótesis de cartelización de la industria sustentada en las diversas pruebas anteriormente analizadas. En primer lugar, porque la expansión de la capacidad instalada ha sido señalada por la literatura especializada como una de las soluciones al denominado problema del engaño al cartel. En ese sentido los miembros del cartel podrían acumular una alta capacidad excedente como medio para disuadir engaños al cartel, pues dichos engaños conducirán a fuertes descuentos de precios del resto de los miembros como medida de represalia. Esta amenaza de fuertes descuentos de precios resultan factibles y creíbles sólo cuando la capacidad excedente es holgada. En segundo lugar, en el Libro se señala que las empresas cementeras investigadas presentaban la capacidad instalada con que contaban como argumento de negociación de su cuota de participación de mercado, por lo cual el incremento de la capacidad instalada podría servir a cada empresa para incrementar o al menos no perder participación dentro del acuerdo. De hecho dentro del flujo de intercambio de información montado a través del Sistema Estadístico, se incluía la utilización de la capacidad instalada de cada empresa.

Otra variable que las empresas investigadas citan como apoyo al argumento de la ausencia de cartelización de la industria es la rentabilidad del sector. En ese sentido la empresa Loma Negra presentó un informe producido por una consultora internacional en la que se afirma que la rentabilidad de dicha empresa en particular, y de la industria cementera en general, durante el período 1993-1999, resultó normal o incluso baja. A ese respecto la CNDC –sin pronunciarse sobre los méritos técnicos que eventualmente pudiera tener dicho informe- señaló que cartelización y alta rentabilidad no necesariamente van de la mano. Ello porque, en primer lugar, la cartelización al relajar la competencia puede tener como efecto un incremento en los costos de producción y en la eficiencia operativa que erosione la rentabilidad, o puede también incrementar los costos de las empresas si estas compitiesen a través de alguna otra variable que no se encuentre sujeta al acuerdo o concertación o que el cartel no pueda controlar de manera efectiva. En segundo lugar, la literatura especializada ha señalado que en la conformación y perpetuación de los carteles no resulta infrecuente encontrar como explicación la disconformidad de las empresas con una rentabilidad “excesivamente baja” de la industria debido a caídas inesperadas en la demanda o no cumplimiento de las proyecciones de crecimiento de la misma. Esto es precisamente lo que ocurrió a comienzos de la década del '80 en la industria cementera argentina, cuando la demanda empezó a declinar y las proyecciones de crecimiento de la misma se vieron frustradas.

En punto al perjuicio al interés económico general las partes imputadas manifestaron que la CNDC en ningún momento había probado la afectación del interés económico general que se derivaría de las conductas imputadas. En ese orden las empresas señalaron, entre los argumentos principales, que durante el período 1993-1999 existió un aumento en las cantidades comercializadas de cemento y los precios mostraron una tendencia decreciente en términos reales. La CNDC entendió que dicho argumento no resultaba aceptable por cuanto resultaría virtualmente imposible en la práctica determinar la medida exacta en que las conductas anticompetitivas impactaron reduciendo las cantidades comercializadas, y que la referencia contra la cual se debe evaluar el perjuicio al interés económico general no es la situación de mercado tal como se verificó en presencia de las conductas anticompetitivas imputadas sino aquella situación que hubiera prevalecido en ausencia de las mencionadas conductas. Sin embargo, aun cuando resultaba virtualmente imposible la prueba de la situación contra fáctica, la CNDC juzgó que después de haber: definido el mercado relevante como la producción y comercialización de cemento portland a escala nacional, constatado que las empresas imputadas representaban el 100% de la producción local de cemento durante todo el período investigado, verificado que las importaciones de cemento no habían resultado una amenaza competitiva importante para la producción local, acreditado y evaluado las conductas imputadas, no se hallaron justificaciones por razones de eficiencia, por lo que se pudo concluir válidamente que ambas conductas imputadas habían resultado en el caso analizado idóneas para perjudicar el interés económico general, siendo esto último todo lo que exige el artículo 1° de la Ley 22.262.

Las partes asimismo efectuaron una serie de planteos aduciendo supuestas nulidades en relación con la ley aplicable y la prescripción, la extensión del período investigado, la inclusión de nuevas conductas, y la declaración testimonial del gerente de la AFCP. Respecto de la ley aplicable y la prescripción la CNDC señaló que existían pronunciamientos judiciales en las actuaciones que indicaban la aplicabilidad de la Ley 22.262 al caso bajo estudio, de forma que no resultaba ajustada la pretensión de las partes sosteniendo la aplicación de la Ley 25.156 con fundamento en el principio de la ley más “benigna”. La CNDC dejó aclarado que de todas formas los hechos investigados también encuadrarían como infracciones al artículo 1° de la ley mencionada en último término.

En lo que respecta a la extensión del período investigado, las partes adujeron que recién en la instancia del artículo 23 de la Ley 22.262 la CNDC les imputó su participación en las conductas anticompetitivas durante el período comprendido entre julio de 1981 y agosto de 1993. Esto a su entender violaba garantías constitucionales en tanto no les habría permitido ejercer su derecho de defensa, ya que podrían haber brindado las explicaciones previstas en el artículo 20 de dicha norma. La CNDC entendió que esa argumentación no tenía un sustento válido. En primer lugar, en vista de que el artículo de la Revista Veintidós y el Libro ubicaban el origen de los hechos investigados en julio de 1981, las empresas cementeras no podían alegar desconocimiento acerca de dicha circunstancia. Demostración de ello resultaba el hecho de que la mayoría de ellas en oportunidad de brindar explicaciones en los términos del artículo incluyeron hechos y defensas ocurridos durante el período objetado. En segundo lugar, las partes investigadas tuvieron oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa al momento de presentar el descargo previsto en el artículo 23 de la ley. En lo que respecta a la supuesta imputación de una nueva conducta (el intercambio de información competitivamente sensible) al momento de correrse el traslado del artículo 23, la CNDC entendió que no existía tal supuesta nueva imputación. En primer lugar, por cuanto el artículo 20 de la Ley 22.262 habla de la “notificación” de la “relación de los hechos” que motivan la instrucción o “denuncia”, no exigiendo, en consecuencia, que se efectúe un encuadre legal preciso y definitivo de los hechos investigados. En segundo lugar, en vista de que el artículo de la Revista Veintidós y el Libro mencionaban el intercambio de información entre las empresas cementeras vía la AFCP como mecanismo de control y monitoreo del cartel, las empresas investigadas desde el principio de estas actuaciones habían conocido acerca de dicha circunstancia, no pudiendo en consecuencia considerarse sorprendidas de manera alguna. En tercer lugar, la conducta anticompetitiva imputada de intercambio de información competitivamente sensible no constituía una “nueva conducta” sino que, en realidad se trataba del encuadre legal que la CNDC dio a hechos que ya se encontraban dentro del ámbito de la investigación. En cuarto lugar, las partes imputadas tuvieron la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa al momento de presentar el descargo del artículo 23 de la Ley. En lo que respecta a la supuesta nulidad de la declaración testimonial del Sr. Enrique Romero, gerente de la AFCP, la CNDC entendió que la objeción carecía de fundamentos válidos. En primer lugar, por cuanto el Sr. Romero fue llamado a audiencia a título personal y no como representante de la AFCP. Dicha persona resultaba ser un empleado de la AFCP, y por lo tanto no se veía el motivo por el cual no pueda llamarse a prestar declaración testimonial a empleados de las partes investigadas. La CNDC asimismo señaló que no había imputado en forma personal al Sr. Romero la comisión de conductas violatorias de la Ley 22.262, por lo que también por esta razón la objeción a la utilización de su declaración testimonial carecía de fundamento válido. Posteriormente el dictamen evalúa en forma particularizada las defensas opuestas por cada una de las partes investigadas en los puntos referidos a participaciones de mercado de las empresas cementeras, Operativo Patagonia, episodios de colusión en precios, intercambio de información competitivamente sensible, y reuniones fuera del ámbito de la AFCP.

En lo que respecta a Loma Negra, esta empresa sostuvo –acompañando un informe de la consultora LECG- que las participaciones de mercado efectivas habrían diferido en forma significativa de las participaciones que según el Libro fueron pactadas por las empresas cementeras. La CNDC realizó observaciones a dicho informe en relación con el cómputo de las participaciones pactadas y la periodicidad de las cifras utilizadas en el mismo, remarcando finalmente que las diferencias entre las participaciones efectivas y las pactadas resultaron realmente mínimas para todas las empresas investigadas. Loma Negra asimismo señaló que el mercado geográfico relevante debería considerarse de nivel regional, efectuando una regionalización según la ubicación de las plantas. A nivel

regional –sostuvo la empresa- las participaciones de mercado habían resultado muy volátiles. En diversas regiones se observaban alteraciones en las participaciones de mercado, con caídas importantes –incluso bruscas- en las participaciones de las empresas líderes en cada región por ventajas de localización de sus plantas. Estas circunstancias demostrarían la ausencia de colusión. La CNDC consideró que dichos argumentos carecían de sustento, ya que el mercado geográfico a considerar era de alcance nacional, y por otra parte entendió que variaciones bruscas en las participaciones de mercado regionales junto con estabilidad de las participaciones a escala nacional se compadecía mejor con la hipótesis de un acuerdo a escala nacional, con ajustes a nivel regional. En lo que respecta al Operativo Patagonia, Loma Negra no presentó ninguna defensa específica que justificara el comportamiento anómalo de los despachos de la empresa ni los de Cemento San Martín en las provincias de Chubut y Santa Cruz durante los años 1987-1989 limitándose a afirmar que dicho operativo no existió. Respecto de los episodios de colusión en precios, Loma Negra –presentando un informe de la consultora LECG- sostuvo que si bien el análisis realizado por la Auditoría encuentra varias coincidencias entre los precios indicados en las fojas y los relevados en la facturación de las empresas también se verifican casos en los que la coincidencia es discutible o aproximada. La CNDC entendió que las coincidencias detectadas por la Auditoría resultaban importantes y que dichas coincidencias alcanzaban para otorgarle verosimilitud y credibilidad a la documentación acompañada por el periodista Marcelo Zlotogwiazda. Asimismo el dictamen destacó que debía tenerse en cuenta lo señalado oportunamente en punto a que dado que las empresas cementeras y la AFCP no montaron un sistema de monitoreo y control recíproco de precios (sino que lo hicieron respecto de la producción y despacho, es decir cantidades), resulta posible y esperable que los acuerdos de precios celebrados no se hubieren llevado a la práctica en total coincidencia con lo pactado en dichos acuerdos. También señaló la CNDC que la concertación “madre” en el presente caso se refirió a participaciones de mercado y cuotas a escala nacional, por lo cual los acuerdos de precios por localidades (o zonas) y los acuerdos de participaciones de mercado o cuotas a escala provincial (o por zonas) que se mencionan en el artículo periodístico y en el Libro deben interpretarse dentro de dicha concertación o acuerdo “madre”, funcionando como mecanismos de ajuste, que si bien importantes, no resultan esenciales a los efectos de tener por probada la mencionada concertación. En lo que respecta al intercambio de información competitivamente sensible, Loma Negra argumentó que la CNDC no definió qué entendía por “información competitivamente sensible” y, respecto del sistema estadístico de la AFCP afirmó que dicha información estadística resulta imprescindible para que los fabricantes conozcan la marcha de la industria. La CNDC a los efectos de evitar duplicaciones innecesarias remitió a los fundamentos vertidos al analizar la defensa de Minetti.

En lo que respecta a Minetti, esta empresa sostuvo que a nivel nacional las participaciones de mercado efectivas no coinciden con los porcentajes indicados en el libro, habiendo variado a lo largo del tiempo, señalando a ese respecto las oscilaciones que habrían tenido las participaciones de mercado de Minetti y de Corcemar. El dictamen observó que la afirmación de la empresa no resultaba correcta, lo cual surgía tanto de la información de la AFCP aportada por la empresa como de la información proporcionada por la AFCP a pedido de la CNDC. En ese sentido, con ambas bases de datos los desvíos entre las participaciones efectivas y las pactadas resultaban mínimas. La empresa también sostuvo que el mercado relevante debería ser analizado a nivel regional y que la mera coexistencia de distintas empresas en zonas donde una de ellas tiene una planta demostraría la inexistencia de un acuerdo colusivo. La CNDC descartó dichos argumentos remitiendo al acápite de definición del mercado relevante y señalando que la acusación no era que las cementeras se hubieran repartido territorialmente el mercado sino que concertaron la asignación de porcentajes de mercado a escala nacional.

En lo que respecta al Operativo Patagonia, la empresa sostuvo que no ha sido probado en autos y que además no le resultaría oponible ya que en ningún documento se menciona o se prueba que Minetti o Corcemar hubieran participado en dicho operativo. Sobre este punto el dictamen señala que en el Libro sí se menciona que el operativo contó con la venia de las empresas que no participaron directamente de él. Por lo demás, el hecho de que dichas empresas no hubieran participado directamente del operativo podía explicarse perfectamente por una razón de localización, ya que sus plantas se encuentran a una considerable distancia de Chubut y Santa Cruz, siendo por lo tanto más práctico que lo hicieran las empresas con una localización más cercanas de sus plantas, y no porque resultara ajena a dicho operativo. Por otra parte, la CNDC entendió que aun en el supuesto de que Minetti o Corcemar realmente hubieran sido ajenas al Operativo Patagonia, ello no las desvincula de su participación en el cartel, ya que no resulta preciso que cada empresa participe activamente de cada una de las situaciones relacionadas con el funcionamiento del cartel para considerar que formó parte de éste.

En lo que respecta a los episodios de colusión, Minetti sostuvo que los mismos no habrían sido probados. A esos efectos señala que en la ciudad de Córdoba las observaciones realizadas por los auditores son aproximadas, que en la ciudad de San Luis la coincidencia es parcial, que en la ciudad de Venado Tuerto la coincidencia se produce con el único ítem manuscrito de fs. 176. Agregó que todo ello habría sido corroborado por el informe presentado por LECG a pedido de Loma Negra. Sobre este punto la CNDC, en honor a la brevedad, remitió a lo expresado oportunamente respecto de la empresa mencionada en último término.

En lo que respecta al intercambio de información competitivamente sensible, Minetti sostuvo que el intercambio de dicha información era necesario ya que la AFCP lo utilizaba para diversas finalidades, entre ellas, mostrar a la Argentina y al mundo el dinamismo de la industria cementera ya que las empresas cementeras también tienen posibilidad de participar en contratos internacionales de gran envergadura, explicar los avances tecnológicos que se implementan y demostrar a los potenciales clientes nacionales y extranjeros una industria transparente y ordenada. La CNDC consideró que esas justificaciones no resultaban aceptables, ya que para mostrar el dinamismo o la evolución tecnológica del sector basta con las cifras agregadas a nivel de la industria, información sobre la que el organismo no hacía ninguna objeción, no resultando preciso la desagregación a nivel individual de cada empresa. Por otra parte, mientras la información contenida en las publicaciones oficiales de la AFCP se fue tornando más agregada y escueta a lo largo del período investigado, la información intercambiada entre las empresas cementeras fue ganando en detalle y precisión, por lo cual no resultaba creíble que el desarrollo del Sistema Estadístico con las características oportunamente descriptas respondiera a las necesidades propias de las publicaciones de la AFCP. El intercambio de información competitivamente sensible tampoco se encontraba justificado por la información que la AFCP proporciona al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), que las cifras remitidas a dicho organismo consisten en datos agregados de la industria, sin desglose por cada empresa en forma individual. Las diversas aperturas del Sistema Estadístico tampoco resultaban justificadas si de lo que se trataba era de obtener información sobre totales para informar a organismos oficiales, por cuanto en ese caso bastaría que las empresas asociadas informaran dichos totales a la AFCP sin necesidad de desagregar los mismos en diversas aperturas (localidades, fábricas, etc), y menos justificaba que dichas cifras desagregadas por empresa fueran objeto de intercambio recíproco. En los hechos la información individual de cada cementera con el grado de detalle descrito y que periódicamente se actualizaba en el Sistema Estadístico de la AFCP recibía tratamiento confidencial, para uso exclusivo de los integrantes de las empresas cementeras, principalmente de sus directores y ejecutivos del área comercial.

Respecto de las auditorías de facturación y despacho, Minetti sostuvo que tuvieron por finalidad validar los datos entregados por sus asociadas a fin del cálculo del canon que cada una paga para el mantenimiento de la AFCP. Este argumento fue desechado por la CNDC por varias razones. En primer lugar, la afirmación de Minetti sobre la relación entre las auditorías encargadas y el cálculo la cuota social no se encontraba acompañada de ninguna documentación en su apoyo. En segundo lugar, si la cuota social o canon que las empresas debían pagarle a la AFCP para su mantenimiento se encontrase directamente vinculado con el volumen global de despacho de cemento a nivel nacional de cada empresa simplemente con este único dato de cada una de las empresas la AFCP calcularía perfectamente cuál es el monto que a cada asociada le corresponde abonar. Sin embargo, la metodología utilizada en la práctica por las auditorías implicó la corroboración mediante comprobantes de las empresas de cada una de las cifras desagregadas que habían sido informadas a la AFCP, lo que resulta algo superfluo si la finalidad fuera realmente la determinación de un canon que se establece en base a los volúmenes agregados de producción y/o despacho de las empresas. Aun aceptando hipotéticamente que las empresas de servicios de auditoría pudieran haber necesitado realizar las sumas de cada una de las localidades para luego arribar a un total nacional, la única corroboración respecto de la información enviada por cada empresa a la AFCP que sería necesaria para determinar el mencionado canon es la de las cifras agregadas de producción y/o despacho totales que constan en los envíos de las empresas cementeras a la AFCP, y no como se efectuó en la práctica, la corroboración de cada dato parcial enviado a la AFCP con cada suma parcial o desagregada de comprobantes. En el marco de la auditoría del año 1990 la AFCP encargó verificar los datos sobre localidad a la cual pertenece el destinatario de los despachos, toneladas expedidas, tipo de cemento, destinatario (obra pública, privada u otra), medio de transporte utilizado, y envase. La verificación de esta multiplicidad de dimensiones desagregadas también sería superflua para auditar el volumen de despachos de forma de calcular el canon correspondiente a cada empresa, y, por lo tanto, constituyó otra prueba para descartar la justificación de la metodología de esta auditoría esgrimida por Minetti y el resto de las empresas imputadas. Asimismo la CNDC descartó la justificación ensayada por MINETTI en el sentido de que el intercambio de información competitivamente sensible resultaba necesario para desarrollo de expedientes antidumping. En ese sentido en el expediente de dumping iniciado en el año 1993 a raíz de la importación de cemento alemán para la construcción del aeropuerto de Usuahia, la información de carácter desagregado y reciente que se recopilaba en el sistema de la AFCP no jugó ningún papel ni en la capacidad de detectar conductas de dumping ni en la capacidad para su demostración ante la Secretaria de Comercio Exterior y en ningún momento fue mencionada por las empresas en el marco de dichas tramitaciones. De modo que la información desagregada por localidad, fábrica, tipo de cliente, etcétera, que recopilaba la AFCP en su sistema estadístico, no fue utilizada para esta denuncia. Además esta información detallada no era simplemente informada por cada competidor a la AFCP y recopilada por esta última, sino que era intercambiada sistemáticamente entre las empresas cementeras. La CNDC asimismo señaló que tampoco el hecho de que tal sistema de intercambio de información pudiera favorecer la presentación de acciones antidumping por parte de la AFCP quitaba al mencionado intercambio su carácter ilegal a la luz del régimen de defensa de la competencia.

En lo que respecta a las reuniones fuera del ámbito de la AFCP, Minetti expresó que los viajes de los funcionarios de dicha empresa y de Corcemar a Córdoba se debieron a que dichas firmas tienen su radicación en esa Provincia; agregando que era habitual que personal de LOMA NEGRA viajara a distintos puntos del país. El hecho de que se hubieran alojado en el Hotel Panorama se explicaría toda vez que era el mejor hotel de la Ciudad de Córdoba y los funcionarios de cierta jerarquía frecuentan este tipo de hoteles.

La CNDC descartó estos argumentos, entendiendo que los diversos hechos comprobados resultaban suficientes para dar credibilidad a la versión contenida en el Libro. Finalmente, el dictamen señala que la acreditación de las reuniones fuera del ámbito de la AFCP constituía un elemento más en el sentido de otorgar verosimilitud al relato del Libro, pero de manera alguna la imputación efectuada en el expediente dependía de la acreditación de las mismas, y que, por otra parte, se encontraba ampliamente acreditado e incluso reconocido por las partes imputadas que personal del área comercial o de marketing de las empresas cementeras llevaba a cabo reuniones en el ámbito del ICPA y de la AFCP, tal como lo señala el Libro.

En lo que respecta a Cementos Avellaneda, y con referencia a la participación de mercado, la empresa sostuvo que CASA ha mantenido una política de constante crecimiento en su participación en el mercado del cemento, y ello en forma muy marcada a partir de 1980, año en que se incorporaron los actuales accionistas (Corporación Uniland S.A. y Cementos Molins S.A.). Continuó diciendo que en la década de los años 60 la participación de CASA estuvo en torno al 6,5% del mercado de cemento. Dicha participación habría crecido en los años 70 en torno al 9%. En la década de los 80 habría sido de un 9,3% en promedio, y finalmente, en los años 90 se situaría en torno al 13%, siempre en promedio, rondando en el año 1999 el 16%. En relación con el período Julio de 1981 – Agosto de 1993, la empresa no ensayó ninguna defensa específica sobre la concordancia entre las participaciones de mercado efectivas versus las que el Libro señala como pactadas. En relación con el período 1993-1999 la empresa sostuvo que su participación no se habría mantenido fija, habiéndose incrementado de la siguiente forma: 11% en el año 1993, 10,84% en el año 1994, 12,90% en el año 1995, 16,32% en el año 1996, 15,78% en el año 1997, 15,29% en el año 1998 y 15,85% en el año 1999. Las participaciones mencionadas por la empresa resultaban prácticamente coincidentes con las determinadas por la CNDC en lo que respecta a los años 1993 a 1995 y 1999. Existían, en cambio, diferencias bastante pronunciadas entre los datos presentados por la empresa y los determinados por la CNDC con relación a los años 1996 y 1997, inclinándose finalmente el organismo por otorgarle mayor credibilidad a estos últimos en razón de que se trataba de información proveniente de la AFCP que fue generada con anterioridad al inicio de la investigación, que coincidía asimismo con la información proporcionada por otras empresas imputadas, también proveniente de la AFCP. De forma que las desviaciones entre las participaciones de mercado efectivas correspondientes a CASA y las pactadas según el Libro resultaron mínimas a lo largo de todo el período investigado.

En lo que se refiere al Operativo Patagonia, CASA negó haber participado en operativo alguno que tuviera como fin perjudicar a PCR. Adujo que el fin perseguido por la empresa era ganar mercado y vender a los consumidores a un precio más bajo. Agregó que las ventas que CASA haya podido realizar en el terreno patagónico, configuraban uno de los tantos intentos que la empresa había realizado con miras de aumentar su participación de mercado, captando nuevas regiones. La CNDC entendió que estas explicaciones resultaban endeables. La empresa en ningún momento explicó el inusual comportamiento de sus despachos de cemento en ese período y en esa zona, notablemente distante de sus plantas de producción, y justamente al mismo tiempo que Loma Negra y Cemento San Martín desplegaban una acción similar en dicha zona. En ese sentido, CASA multiplicó por tres, por dieciocho y por trece sus despachos del año 1987, 1988, y 1989, respectivamente, con relación a los de 1986, para desaparecer luego de dicha zona desde el año 1990 hasta 1999 por lo menos. En consecuencia, entendió la CNDC que el inusual comportamiento de los despachos de la empresa hacia esa zona al mismo tiempo que Loma Negra y Cemento San Martín hacían lo propio no encontraba otra explicación que la existencia de una acción concertada entre estas empresas para reducir la participación de mercado de PCR y convencerla de ingresar al cartel. No se trató en

consecuencia de una acción competitiva sino, por el contrario, de un escarmiento o sanción contra la empresa patagónica.

En lo que se refiere a los episodios de colusión en precios, CASA sostuvo que no participó en acuerdo de precios alguno y que en la imputación no se hacía ninguna referencia a CASA o al Gigante. La CNDC reconoció que en este punto el Informe de Auditoría no se ocupó específicamente de comprobar los precios cobrados por dicha empresa en los mencionados episodios colusivos. Sin embargo, el organismo señaló que resultaba necesario efectuar al menos dos consideraciones. En primer lugar, que la empresa aparecía mencionada en documentos que en razón de las comprobaciones efectuadas por el Informe de Auditoría debían tenerse por veraces. En segundo lugar, la CNDC señaló que la falta de relevamiento por parte del Informe de Auditoría de los precios cobrados por CASA no desvirtuaba la participación de la mencionada empresa en la concertación global de asignación de cuotas y participaciones de mercado a escala nacional, la cual quedaba demostrada por los restantes elementos de juicio citados en el presente dictamen. Finalmente la CNDC señaló que diversos precios recogidos por el Informe de Auditoría que la empresa citaba en su favor como demostración de la ausencia de cartelización no resultaban directamente comparables.

En lo que se refiere al intercambio de información competitivamente sensible, CASA señaló que uno de los objetivos de la AFCP era el de recolectar información de la actividad en la industria del cemento para mejorar el producto, hacer crecer su utilización en el mercado y distribuir esos datos entre los distintos organismos públicos y privados de nuestro país que reflejan el estado de diversos rubros de la economía. Respecto de este argumento la CNDC se remitió a lo expresado al tratar la defensa de Minetti. Respecto de las afirmaciones vertidas por CASA relativas a la influencia en la industria cementera de las resoluciones gubernamentales sobre el establecimiento de controles de precios en la década del '80, la CNDC se remitió a las consideraciones efectuadas en el apartado correspondiente al análisis de las defensas de la AFCP.

Con relación a la existencia de reuniones fuera del ámbito de la AFCP, CASA negó su participación en diversas reuniones mencionadas en el Libro. Sin embargo, la CNDC sostuvo que respecto de dichas reuniones había obtenido evidencia independiente de su efectiva realización, a través de comprobantes de gastos en pasajes y hoteles de funcionarios de las empresas involucradas e informes de hoteles. También señaló el organismo que el Sr. Pereyra Iraola, de PCR, había reconocido la existencia de reuniones en Córdoba, en las oficinas de Minetti y Corcemar. Finalmente el organismo remarcó que la acreditación de reuniones fuera del ámbito de la AFCP constituía un elemento más en el sentido de otorgar verosimilitud al relato del Libro, pero de manera alguna la imputación efectuada dependía de la acreditación de las mismas, agregando que, por otra parte, se encontraba ampliamente acreditado e incluso reconocido por las partes imputadas que el personal del área comercial de las empresas cementeras llevaba a cabo reuniones en el ámbito del ICPA y de la AFCP, tal como lo señalaba el Libro.

En lo que respecta a PCR, y con referencia a la participación de mercado señaló que la CNDC incurrió en error al apreciar el mercado geográfico relevante como todo el país, ya que PCR solo desarrolla su actividad de venta de cemento portland en la Patagonia. El dictamen desecha este argumento señalando que dado que los hechos investigados involucran conductas anticompetitivas que abarcan todo el territorio argentino, la única cuestión realmente trascendente a los efectos de la definición del mercado geográfico es si las empresas cementeras investigadas pueden tener el interés y la capacidad para conformar un cartel a escala nacional. La respuesta a dicha pregunta resultaba a todas luces afirmativa en vista de que en todas las regiones del país existe más de una empresa cementera en capacidad de ofrecer su producto y de que –por las razones oportunamente explicadas– las importaciones no constituyen una amenaza competitiva suficiente. En el caso específico de PCR la empresa vende su producto principalmente en

la Patagonia (Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Neuquén y Río Negro) y en menor medida en la Provincia de La Pampa. En estas provincias recibe fuerte competencia de LOMA NEGRA, y en segundo lugar de MINETTI. También CASA ha realizado ventas en estas provincias. De forma que, teniendo en cuenta lo expresado, resultaba obvio que PCR y el resto de las empresas cementeras han tenido el interés y la capacidad de incluir a la región atagónica dentro del cartel de alcance nacional, y, en consecuencia, no se veía razón para sostener que en el presente caso la Patagonia debiera considerarse un mercado geográfico separado del resto del país.

Con relación al Operativo Patagonia, PCR niega la existencia del mismo. Señaló que la explicación del incremento de las ventas de los demás competidores en la zona de la Patagonia Sur se explica justamente por el simple hecho de que durante el período 1987 al primer cuatrimestre de 1989 tuvo lugar en esta área geográfica un notable incremento de la demanda de cemento que no pudo ser absorbida por PCR, y que provocó que Loma Negra, Cementos Avellaneda y Cementos San Martín pudieran capitalizar esta oportunidad para colocar sus productos a precios competitivos para ellos. Sin embargo, el dictamen entendió que las explicaciones brindadas por PCR no resultaban aceptables por cuanto no explica la razón por la cual las toneladas destinadas por PCR a sus mercados naturales, las Provincias de Chubut y Santa Cruz, cayeron de 176.043 en el año 1987 a 149.900 en el año 1988 y 132.634 en el año 1989, mientras que las de competidores con plantas alejadas de dichas zonas se multiplicaron varias veces. Cementos Avellaneda multiplicó por tres, por diecinueve y por trece sus despachos a dichas provincias durante los años 1987, 1988 y 1989, para luego caer estos a niveles mínimos o nulos. Por otra parte, el incremento de sus ventas en otras provincias en los años sucesivos no desvirtúa el hecho de que durante los años 1987 a 1989 en las Provincias de Chubut y Santa Cruz se produjera el comportamiento anómalo de mercado, que el Libro sindicaba como resultado del "Operativo Patagonia". Además, a escala nacional la participación de mercado de PCR se mantuvo estable alrededor de 3,5% y con una desviación prácticamente nula respecto de la participación que el Libro señalaba como acordada. PCR también pretendió explicar la merma en sus ventas en virtud de una supuesta falta de capacidad instalada, pero dicha circunstancia no se condecía con las pruebas recabadas en el expediente.

En lo que se refiere a los episodios de colusión en precios, PCR afirma que no existe ningún elemento de prueba directa o indirecta en las actuaciones de la que pueda deducirse que PCR ha participado en los supuestos hechos colusivos mencionados en la denuncia. Esta CNDC reconoció que los episodios de colusión en precios detectados por la Sección VII del Informe de Auditoría tuvieron lugar en zonas o localidades donde habitualmente no llega el cemento de PCR. Sin embargo, el dictamen señala que la falta de participación de PCR en los episodios de colusión detectados en la Sección VII del Informe de Auditoría puede atribuirse a la no presencia de dicha empresa en las zonas o localidades allí relevadas y no a su falta de participación en la concertación global de asignación de cuotas y participaciones de mercado a escala nacional, la cual quedaba demostrada por los restantes elementos de juicio recabados.

En lo que respecta al intercambio de información competitivamente sensible PCR señaló que no tenía sentido que dicha empresa hubiera entregado información competitivamente sensible a la AFCP y a sus competidores sin haber participado del cartel durante el período 1981-89. Al respecto el dictamen entiende que dicha argumentación no resulta válida y que la participación de PCR en el Sistema Estadístico de la AFCP es un efecto de la adhesión de dicha cementera en la mencionada cámara empresaria, que agrupa a los miembros de la industria del cemento portland. A partir de julio del año 1981 dicho Sistema Estadístico fue utilizado por la AFCP y el resto de las cementeras imputadas para monitorear y controlar el cumplimiento de una concertación o acuerdo anticompetitivo de cuotas y participaciones de mercado del que PCR no participó sino a

partir de agosto de 1989. No existía, en consecuencia, contradicción ni inconsistencia alguna en esta afirmación. A su vez, el intercambio de información comercial sensible del que PCR participó junto con el resto de las empresas cementeras desde julio de 1981, tenía entidad propia como mecanismo de distorsión, limitación y restricción de la competencia, en tanto favorece la aparición de comportamientos empresariales conocidos como de colusión o coordinación tácita.

En lo que respecta a la defensa de la AFCP, esta entidad hace hincapié fundamentalmente en la supuesta legitimidad del intercambio de información individual de cada empresa asociada que se montó sobre su Sistema Estadístico. Según la AFCP uno de los propósitos del intercambio de información habría sido servir para el cumplimiento de regulaciones relacionadas con el control de precios durante la década de los años '80. En lo que respecta a la necesidad de recolectar y distribuir entre sus asociados toda la información individual de cada empresa intercambiada a través del Sistema Estadístico, la CNDC señaló que de manera alguna ello resultaba explicado por la confección de los Anuarios estadísticos y demás publicaciones de la AFCP, remitiendo a lo manifestado en el apartado dedicado a las defensas de la empresa Minetti. Finalmente la AFCP trata de justificar el intercambio de información individual de cada empresa con el argumento de que los datos generados por el Sistema Estadístico pueden servir tanto para planear acciones de tipo competitivo como acciones de tipo anticompetitivo. Agregó que el hecho de que casi la totalidad de la información intercambiada se refiera a cantidades y no a precios asimismo podría servir como elemento para sostener la tesis competitiva en vez de la anticompetitiva, ya que en ausencia de un sistema de monitoreo casi instantáneo de precios y otras condiciones de venta, las empresas no tienen manera de hacer un seguimiento de ningún tipo de acuerdo de precios. El dictamen consideró que las mencionadas argumentaciones no resultaban aceptables. En ese sentido la literatura especializada reseñada en el dictamen sostiene que no resulta necesario llegar a un grado de desagregación importante para lograr objetivos procompetitivos o de eficiencia, bastando para ello las cifras agregadas.

En otro punto de su defensa la AFCP intentó vincular el intercambio de información montado sobre el Sistema Estadístico con el control de precios establecido por el Estado Nacional en la década del '80. Sin embargo, la información que las empresas cementeras debían enviar al Estado a raíz de diversas resoluciones dictadas por la Secretaría de Comercio en aquella época era de una naturaleza totalmente distinta a la contenida en el sistema estadístico de la AFCP. Por último el dictamen señala que la existencia de un sistema de precios máximos durante la mayor parte de la década del '80 no resultaría un atenuante para las conductas cartelizadas que llevaron adelante las imputadas, puesto que la propia naturaleza de la regulación mediante precios máximos permite no obstante la competencia por precio entre los participantes de un mercado, a través del descenso de los mismos, con el objetivo de captar una mayor porción de la demanda.

Como conclusión sobre las defensas de las partes imputadas la CNDC consideró que resultaban endebles 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 items 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.

Como evaluación final sobre la ilegalidad de las conductas investigadas en el dictamen se señala que 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 cabía efectuar 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, descrita 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.