

*Arg*

*Poder Judicial de la Nación*

**SALA "B"**  
**REGISTRADO**  
**Nº 563... Fº 1252/132 AÑ 2008**

"LOMA NEGRA COMPAÑÍA INDUSTRIAL S.A. Y OTROS S/LEY 22.262. COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA - EXPTE. Nº 064-0012896/99". Causa Nº 54.419, Orden Nº 19.866 de la Sala "B".

Buenos Aires, 26 de agosto de 2008.

**VISTOS:**

Los recursos de apelación interpuestos por los representantes de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, JUAN MINETTI S.A., LOMA NEGRA C.I.A. S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. a fs. 5476/5485 vta., 5486/5559, 5563/5617 vta., 5618/5668 y 5669/5704 vta., respectivamente, contra la Resolución SCT Nº 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, cuya copia está agregada a fs. 5225/5461 de las presentes actuaciones.

Lo informado por los representantes de CEMENTOS AVELLANEDA S.A., ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND y LOMA NEGRA C.I.A.S.A. a fs. 5899/5907, 5959/5965, 5973/5991, respectivamente, en sustitución del informe "*in voce*" previsto por el artículo 538 del C.P.M.P.

Lo informado a fs. 5909/5939 por el representante del Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción), en sustitución del informe "*in voce*" previsto por el artículo 538 del C.P.M.P.

Los informes "*in voce*" previstos por el artículo 538 del C.P.M.P., producidos por los representantes de JUAN MINETTI S.A. y de CEMENTO SAN MARTÍN S.A., conforme surge de las constancias obrante a fs. 5940 y 6001, respectivamente.

**Y CONSIDERANDO:**

USO OFICIAL

1º) Que, por el pronunciamiento recurrido se ordenó a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND que se abstenga de distribuir, entre sus asociados, información competitivamente sensible sobre la producción, y/o importaciones, y/o despachos de cemento portland de aquéllos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1 y 41 incisos b), e) y k) y 26 inciso b), de la ley N° 22.262 y, en caso que aquella asociación continúe a cargo de la recolección y procesamiento de la información individual sobre la producción, y/o importaciones, y/o despachos de cemento portland de cada una de las empresas asociadas, se tomen los recaudos y las medidas de seguridad necesarias para que la información individual de cada empresa resulte accesible sólo para el personal de la citada asociación encargado del manejo del Sistema Estadístico, quien deberá guardar estricta confidencialidad sobre la misma, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1 y 41 incisos b), e) y k) y 26 inciso b), de la ley N° 22.262.

Asimismo, por el pronunciamiento recurrido se impusieron multas a LOMA NEGRA C.I.A.S.A., a JUAN MINETTI S.A. (en calidad propia y además como sucesora de CORCEMAR S.A.), a CEMENTO AVELLANEDA S.A. (en calidad propia y además como sucesora de EL GIGANTE S.A.), a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., a CEMENTOS SAN MARTÍN S.A., y a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, por las sumas de \$ 138.700.000, \$ 100.100.000, \$ 34.600.000, \$ 7.300.000, \$ 28.500.000, y \$ 529.289, respectivamente, de conformidad con lo que se dispone por los artículos 1 y 41 incisos a), b), c), e), y k) y 26 inciso c), de la ley N° 22.262.

2º) Que, en las presentes actuaciones se investigó a LOMA NEGRA C.I.A.S.A., a JUAN MINETTI S.A. (en calidad propia y como sucesora de CORCEMAR S.A.), a CEMENTO AVELLANEDA S.A. (en calidad propia y como sucesora de EL GIGANTE S.A.), a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., a CEMENTO SAN MARTÍN S.A. y a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, por haber participado durante

## *Poder Judicial de la Nación*

el período comprendido entre el mes de julio de 1981 y el 31 de agosto de 1999 (a excepción de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., con respecto a la cual el período imputado abarcó el lapso comprendido entre el 30 de agosto de 1989 y el 31 de agosto de 1999) en:

a) un acuerdo global a nivel país de asignación de cuotas y de participaciones (también denominado “concertación de cuotas” o “cartelización”) en el mercado del cemento portland por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, en función del cual se realizaban concertadamente ajustes de los despachos y las participaciones de cada empresa por provincias o zonas, y se realizaban acuerdos de precios y demás condiciones comerciales en diferentes localidades o zonas del país; y,

b) un acuerdo para intercambiar información competitivamente sensible referente al mercado de cemento portland, instrumentado mediante la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND (confr. fs. 66/67 y 2561/2610 de estas actuaciones).

3º) Que, previo a resolver la cuestión de fondo, corresponde establecer cuál es la ley penal aplicable al caso “*sub examine*”; para posteriormente tratar los planteos de extinción de la acción penal por prescripción formulados por los representantes de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, de JUAN MINETTI S.A., de LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A., de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. y, finalmente, ingresar en el trato de los planteos de nulidad y los cuestionamientos al procedimiento llevado a cabo por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, sin dejar de destacar que algunos de aquéllos constituyen la reedición de planteos de nulidad que fueron rechazados por el señor Secretario de Comercio Interior y que no fueron refutados por los impugnantes, circunstancia por la cual, si bien no se impide que sean resueltos en esta instancia, no se permite conocer cuáles fueron los agravios concretos contra aquellos rechazos.

4º) Que, si bien la ley vigente durante el lapso en el cual se llevaron a cabo las conductas investigadas era la ley N° 22.262 (B.O. 06/08/1980), por el artículo 58 de la ley N° 25.156 (B.O. 20/09/1999) se dispuso: “...*Derógase la ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones* [las de la ley N° 22.262] *ante el órgano de aplicación de dicha norma, que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia...*” (lo destacado es de la presente).

5º) Que, conforme surge de los autos principales, por la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de fecha **31/08/1999**, se dispuso: “...*Promover de oficio la investigación en el mercado del producto cemento para dilucidar si las empresas productoras y/o comercializadoras del mismo, LOMA NEGRA S.A., CEMENTOS SAN MARTÍN S.A., JUAN MINETTI S.A., CORCEMAR S.A., CEMENTO AVELLANEDA S.A., EL GIGANTE S.A. Y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA pueden haber infringido el art. 1º de la Ley 22.262 a través de un posible acuerdo conjunto de fijación de precios y reparto del mercado, con potencial afectación al interés económico general...*” (confr. fs. 66/67).

6º) Que, en consecuencia, dado que la ley N° 22.262 estaba vigente a la fecha de iniciación de la investigación llevada a cabo en estas actuaciones, por aplicación de lo que de manera expresa se dispone por el artículo 58 de la ley N° 25.156, corresponde que se apliquen al caso “*sub examine*” las previsiones de la ley N° 22.262.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: “...*Si bien la normativa de la ley 25.156 ha venido a reemplazar el dispositivo de la derogada ley 22.262, lo cierto es -amén de que la previsión de su art. 1º guarda marcada similitud con idéntico precepto de la disposición derogada- que debe estarse a lo prescrito por el art. 58 de la ley citada en*

## *Poder Judicial de la Nación*

*primer término...*” (confr. Fallos 324:3381).

7º) Que, lo expresado por el párrafo anterior no se modifica por la circunstancia que las partes argumenten que debería aplicarse al caso de autos la ley N° 25.156, por ser más benigna que la ley N° 22.262, al haberse omitido tipificar conductas delictivas, como se hacía por el artículo 41, de la ley N° 22.262.

En efecto, la circunstancia mencionada por el párrafo anterior no es una cuestión a ponderar en el “*sub lite*” para concluir en la mayor benignidad de la ley N° 25.156, pues la comparación que debe efectuarse entre las leyes para establecer cuál es la mas benigna “...es concreta porque **debe referirse al caso que se juzga**. En esta comparación deben tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales, y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y las reglas de la parte general referentes, por ejemplo, a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, las de inculpabilidad, etc.). **La comparación referida a las penas principales no es problemática cuando se trata de penas de la misma especie. La ley más favorable será la que permita una pena mínima menor...**” (confr. Enrique BACIGALUPO, “Manual de Derecho Penal”, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 58; lo destacado es de la presente).

En el mismo sentido, se ha sostenido: “...También existe consenso en sostener que **esa determinación no puede hacerse en abstracto, sino que el órgano jurisdiccional (a quien específicamente le incumbe con exclusividad esa elección) tendrá que, en cada caso concreto...discriminar y establecer cuál es la ley más benigna en cada supuesto particular...**” (confr. Guillermo J. FIERRO, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirección: David BAIGÚN y Eugenio R. ZAFFARONI; coordinación: Marco A. TERRAGNI; Editorial HAMMURABI S.R.L., Buenos Aires, 1997, pág. 63; lo destacado es de la presente).

8º) Que, en el caso de autos, y con independencia del encuadre legal

otorgado a las conductas investigadas en las presentes actuaciones, tanto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por el dictamen de fs. 5009/5222, como por la resolución recurrida (que incluye como Anexo I al dictamen mencionado anteriormente) –lo cual será examinado más adelante–, debe tenerse presente que la cuestión sometida a estudio de este Tribunal se vincula con determinar si el pronunciamiento recurrido es ajustado a derecho, y a las constancias de la causa, **en cuanto por aquél se estableció que las conductas investigadas son constitutivas de una infracción administrativa en los términos de la ley N° 22.262**; por esta razón, las cuestiones relacionadas con las previsiones de la ley citada por las cuales se tipificaban conductas criminales, son ajenas a la ponderación que corresponde efectuar, **ante el caso concreto**, para la dilucidación de cuál de las leyes es la más benigna.

9º) Que, por el artículo 1º de la ley N° 22.262, se estableció: *“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”*. Por el artículo 3º del cuerpo normativo mencionado se dispuso, asimismo: *“Quedan en particular incluidos en el artículo 1, en tanto se den las condiciones previstas en el mismo, los actos y conductas enumerados en el artículo 41”*.

10º) Que, por el artículo 1 de la ley N° 25.156, se estableció: *“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención*



## *Poder Judicial de la Nación*

de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas”. Por el artículo 2° del cuerpo normativo mencionado, mediante un detalle no taxativo (“Las siguientes conductas, **entre otras**, en la medida que configuren la hipótesis del artículo 1°, constituyen prácticas restrictivas de la competencia...”; lo destacado es de la presente) se precisaron otras catorce conductas que constituyen una infracción al régimen de aquella ley.

11°) Que, por la comparación de los tipos infraccionales que se recordaron por los considerandos 9° y 10° de la presente se permite concluir que las conductas cuya tipificación se estableció por el artículo 1° de la ley N° 22.262, no sólo no han sido desincriminadas por el artículo 1° de la ley N° 25.156, sino que la disposición mencionada en último término ha mantenido aquella incriminación original, incorporando incluso nuevos actos o conductas sancionadas (“falseamiento de la competencia”, “obtención de ventajas competitivas significativas”, etc.); por esta razón, este aspecto de la comparación normativa ante el caso concreto tampoco permite establecer la mayor benignidad de la ley N° 25.156 con relación a la ley N° 22.262.

12°) Que, en consecuencia, a los fines de determinar cual es la ley más benigna aplicable al caso corresponde analizar el régimen sancionatorio previsto por las leyes Nos. 22.262 y 25.156 ante la comisión de una **infracción administrativa**.

Al respecto, debe tenerse presente que por ambos cuerpos normativos se prevén sanciones de la misma naturaleza, para la misma clase de conductas penadas (infracciones administrativas), a saber, multas, aunque en este último caso, el monto mínimo de la multa que se establece por el artículo 26 inciso c), de la ley N° 22.262 (§ 176, en función de la actualización efectuada mediante la Resolución M.E. y O. S.P. N° 92 [B.O. 26/01/1994] de conformidad con lo que se prescribe por el artículo 45, de la ley N° 22.262), es **significativamente menor** que aquél que se establece por el artículo 46 inciso

b), de la ley N° 25.156 (\$ 10.000).

Por lo demás, por la ley N° 25.156 se prevén, asimismo, otras sanciones adicionales a las mencionadas anteriormente, como la disolución, la liquidación, la desconcentración o la división de empresas infractoras, agregándose incluso por el último párrafo del artículo 46, de la ley N° 25.156: “...Ello sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder...”, entre las que se encuentra la inhabilitación de uno a diez años para la persona de existencia ideal y para los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de la persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de los deberes a su cargo hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción administrativa (artículo 48), como así también la solidaridad de aquéllos para el pago de la multa (artículo 47), todo lo cual permite establecer la mayor severidad de la ley N° 25.156 con respecto a la ley N° 22.262.

13º) Que, por lo expresado, se concluye que, en el “*sub lite*”, la ley N° 25.156 no es más benigna que la ley N° 22.262, y que el cuerpo normativo mencionado en último término era el que se encontraba vigente a la fecha de comisión de las conductas investigadas en estas actuaciones (“*tempus regit actum*”), y debe ser aplicado para resolver el caso “*sub examine*” además de lo establecido por el considerando 6º de la presente, por aplicación del principio de legalidad que se establece por el artículo 18 de la Constitución Nacional, y en función del principio de la ultraactividad de la ley penal más benigna que se establece por el artículo 2º, del Código Penal, y por las demás disposiciones en este sentido (art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos), de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, de la Constitución Nacional).

14º) Que, definido el marco normativo aplicable al caso bajo examen, corresponde analizar –nuevamente, pues esta cuestión ya ha sido materia de pronunciamientos anteriores de este Tribunal– si en el caso la acción



## *Poder Judicial de la Nación*

penal se encuentra prescripta.

Al respecto, debe tenerse presente que por el artículo 43, de la ley N° 22.262, se prevé: “*Serán de aplicación las disposiciones del Libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley*” (lo destacado es de la presente).

Por el artículo 62 inciso 5°, del Código Penal, se prescribe: “*La acción penal se prescribirá...a los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa...*”.

No obstante, esta última disposición legal no resulta de aplicación al caso “*sub examine*” en función de lo que se establece por el artículo 4 del Código Penal, en atención a la existencia de una disposición específica prevista por la ley N° 22.262 (confr. artículo 35), por la cual se prevé un plazo de prescripción de seis años.

15°) Que, en efecto, por el capítulo III, sección I, de la ley N° 22.262, se hace referencia al ejercicio de las acciones, previéndose como plazo de prescripción el de seis (6) años (confr. artículo 35), sin que se haya diferenciado aquel plazo en razón de tratarse de acciones que tengan origen en los artículos 1 y 2, ó en los artículos 41 y 42, respectivamente, del texto legal mencionado.

Por lo tanto, como la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador (confr. Fallos 303:1965, 304:794, 954, 1733, 1820, 1882; 305:538 y 657; 306:721; 307:518), y por tenerse presente que “*...La exégesis de las cláusulas legales que instituyen términos de excepción en materia de prescripción, debe ser restricta...*” (Fallos 258:128; lo destacado es de la presente), la disposición normativa mencionada por el párrafo anterior es la que resulta de aplicación al caso “*sub examine*” (confr. artículos 4 del Código Penal, 35 y 43, de la ley N° 22.262).

16°) Que, en consecuencia, atento al lapso abarcado por la

investigación efectuada en estas actuaciones (**julio de 1981 al 31 de agosto de 1999**, con la salvedad recordada por el considerando 2º de la presente respecto de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., si se considerara que la conducta investigada constituye un hecho único abarcativo de todos los períodos involucrados, y si se tiene en cuenta lo previsto por el artículo 63 del Código Penal (“...*la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse...*”), así como lo previsto por el artículo 35 de la ley N° 22.262, se permite concluir que la acción penal no se ha extinguido.

En efecto, si asimismo se tiene presente que por la resolución recurrida –de fecha **25 de julio de 2005**–, además de la imposición de las multas recurridas se ordenó a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND que “...*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, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º...de la ley N° 22.262 ... [y que] en el término de SESENTA (60) días a partir de la notificación de la presente medida, adecue el diseño y funcionamiento del Sistema Estadístico de manera tal de cumplimentar con lo en ella estipulado, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 1º...y 26 inciso c) de la Ley N° 22.262...*” (confr. fs. 5245/5246), como también que, como se analizará más adelante, el sistema informático mencionado se utilizó como un mecanismo de soporte y de control de la concertación de cuotas y de participaciones en el mercado, necesario para detectar incumplimientos y corregir desvíos respecto de las cuotas previamente pactadas, **es posible concluir que las conductas investigadas se habrían extendido aún más allá del lapso investigado en estas actuaciones, hasta –por lo menos– la fecha de la orden de cese mencionada**; por esta circunstancia, en atención al tiempo transcurrido desde aquella fecha hasta la actualidad, y lo que se dispone por el artículo 63 del Código Penal, la acción penal no ha prescripto.

Lo expresado por el párrafo anterior ha sido establecido expresamente por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por el

## *Poder Judicial de la Nación*

dictamen de fs. 5009/5229, y por la resolución recurrida (pues el dictamen mencionado es parte integrante de aquélla), al expresarse: “...*La imputación por los períodos mencionados... deja a salvo, y por ende no descarta, que las conductas anticompetitivas mencionadas se hubiesen perpetuado en el tiempo más allá del 31 de agosto de 1999...*” (confr. fs. 5052; lo destacado es de la presente).

17º) Que, incluso, aun cuando se prescindiera de la apreciación que se efectuó por el considerando anterior, y se concluyera que la conducta investigada sólo se desarrolló entre el mes de julio de 1981 y el 31 de agosto de 1999, con posterioridad a aquellas fechas en el expediente se han verificado actos con entidad interruptora del curso de la prescripción de la acción, de conformidad con lo establecido por los incisos c) y e) del artículo 67, del Código Penal.

18º) Que, en efecto, por la resolución de fecha **24 de agosto de 2004** (confr. fs. 2561/2610), la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia imputó “...*a las empresas cementeras LOMA NEGRA S.A, JUAN MINETTI S.A. (en calidad propia y además como sucesora de CORCEMAR S.A.), CEMENTO AVELLANEDA S.A. (en calidad propia y además como sucesora de EL GIGANTE S.A.), PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., CEMENTO SAN MARTÍN S.A. y a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND (AFCP) en los términos del artículo 23 de la ley N° 22.262, por haber ‘prima facie’ participado durante el período comprendido entre julio de 1981 y el 31 de agosto de 1999 en: a) un acuerdo global a nivel país de asignación de cuotas y participaciones en el mercado de cemento portland, monitoreado a través de la AFCP, y en función del cual se realizaban concertadamente ajustes en los despachos y las participaciones de cada empresa por provincias o zonas, y se realizaban acuerdos de precios y demás condiciones comerciales en diferentes localidades o zonas del país, todo lo cual resultaría ‘prima facie’ violatorio de los artículos 1º y 41º incs. a), b), c), e), f)*”

y k) de la Ley 22.262; y b) un acuerdo para intercambiar información competitivamente sensible referida al mercado del cemento portland, instrumentado a través de la AFCP, que resultaría 'prima facie' violatorio de los artículos 1° y 41° incs. a), b), c), e), f) y k) de la ley 22.262...", oportunidad en la cual también se dio por concluida la instrucción sumarial, y se confirió el traslado que se establece por el artículo 23 de la ley N° 22.262, a las sociedades mencionadas.

**19°)** Que, en consecuencia, de conformidad con lo establecido por pronunciamientos anteriores de este Tribunal (confr. Regs. Nos. 646/2005, 647/2005 y 318/2006, de esta Sala "B"), el traslado al cual se hizo mención por el considerando anterior reúne las características de un requerimiento acusatorio de apertura o de elevación de los autos a juicio, pues presupone una resolución de mérito sobre el sumario, concreta objetiva y subjetivamente la pretensión sancionatoria y posibilita conocer la imputación efectuada y, en consecuencia, efectuar los descargos y ofrecer las pruebas que se estimaran conducentes a efectos de una posible decisión sobre la cuestión de fondo con respecto al hecho imputado (confr. en lo pertinente, Jorge A. CLARÍA OLMEDO, *"Derecho Procesal Penal"*, T. III; actualizado por Jorge Raúl MONTEROS, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2001, pág. 30/31), por lo tanto, interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal, de conformidad con lo que se establece por el inciso c) del artículo 67, del Código Penal.

**20°)** Que, después del acto con entidad interruptora del curso de la prescripción al cual se hizo mención anteriormente, el **25 de julio de 2005** se dictó la Resolución SCT N° 124 (confr. fs. 5225/5461) por la cual se ordenó el cese de las conductas investigadas y se aplicaron las sanciones de multa cuya apelación genera la presente intervención de este Tribunal.

El dictado de la resolución sancionatoria a la cual se hizo mención por el párrafo anterior es equiparable en estos casos, por su contenido y efectos, al dictado de la sentencia condenatoria a la cual se hace mención por el inciso e)

## *Poder Judicial de la Nación*

del artículo 67, del Código Penal y, en consecuencia, también interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal.

21º) Que, por otra parte, debe destacarse que la escisión anual que se pretende efectuar para considerar que la conducta investigada se cometió anualmente, no tiene un basamento normativo, pues por la figura infraccional que se establece por el artículo 1º de la ley N° 22.262 no se previó un elemento de tiempo que permita efectuar aquel corte temporal como se hace, por ejemplo, con el delito de evasión tributaria que se estableció primero por los artículos 1 y 2 de la ley N° 23.771, y después por el artículo 1º de la ley N° 24.769. Lo establecido precedentemente no constituye un dato menor, máxime cuando “...*el concepto de ‘hecho’ en cuanto patrón o medida para determinar la unidad y pluralidad delictiva no es producto o resultante ni de la unidad de acción, ni de resultados, sino que es una noción que se obtiene especialmente del funcionamiento de los tipos penales que convergen sobre una conducta humana. En otras palabras, la noción de ‘hecho’ resulta básicamente de lo que en doctrina se llama ‘factor normativo’, sin prescindir del papel que juega la acción. Pero el rol decisivo...lo juegan los tipos penales. En síntesis, la noción de ‘hecho’ resulta de un juego dialéctico entre la acción y los tipos penales, donde éstos cumplen el papel central...*” (confr. Nelson R. PESSOA, “*Concursos de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 54/55); también por esta razón, corresponde descartar el planteo de prescripción fundado en la circunstancia analizada precedentemente.

22º) Que, en suma, por las circunstancias mencionadas por los considerandos 14º a 21º de la presente –y en cualquiera de las hipótesis desarrolladas allí– se permite concluir que el ejercicio de la acción emergente de las conductas infraccionales investigadas no ha prescripto. Por lo tanto, corresponde rechazar los planteos formulados en aquellos términos por los representantes de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO



PORTLAND, JUAN MINETTI S.A., LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., y confirmar el pronunciamiento recurrido, en cuanto por el mismo se rechazaron los planteos de prescripción deducidos en la etapa administrativa.

23º) Que, no ha escapado al conocimiento de este Tribunal la invocación, por parte de los representantes de LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A., de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., de la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el pronunciamiento de Fallos 325:1702 para la resolución del planteo de prescripción opuesto por las partes, por el cual se estableció –por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación– que el plazo de prescripción de la acción penal emergente de las **infracciones administrativas** que se establecen por el artículo 1º de la ley N° 22.262, es de dos años, y que por las disposiciones del artículo 35 del cuerpo normativo mencionado se hace referencia a la prescripción de la acción para perseguir los **delitos** que se tipificaron por aquella ley.

24º) Que, si bien el plazo de la prescripción aplicable al caso de autos ha sido examinado por los considerandos 14º y 15º de la presente, cabe recordar que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sus decisiones no obligan sino en el caso en que fueron dictadas, y que los tribunales anteriores en grado pueden apartarse de la doctrina establecida aun para decidir en casos análogos sin que se produzca gravamen institucional (Fallos 280:430; 301:198; 302:748; 307:207; 308:1575; 320:1891, entre otros).

Sin embargo, aquel apartamiento no puede ser arbitrario ni infundado, ya que los jueces de grado anterior tienen el deber moral e institucional de conformar sus decisiones a las resoluciones del más Alto Tribunal (Fallos 212:251), por lo que sólo debe tener lugar cuando se produzcan nuevos fundamentos no considerados por la decisión de la Corte Suprema de



## *Poder Judicial de la Nación*

Justicia de la Nación (Fallos 307:1094; 311:1644; 323:2322).

25º) Que, de este modo, resulta necesario destacar que, en este caso concreto, existen nuevos fundamentos no considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el pronunciamiento de Fallos 325:1702, por los cuales se permite el apartamiento del criterio establecido en aquella oportunidad, de conformidad con la doctrina a la cual se hizo mención por el considerando anterior.

En efecto, no puede dejar de considerarse que por la ley N° 22.262 se estableció **un procedimiento administrativo** a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluye con el dictado de la resolución que se establece por el artículo 26 de la ley N° 22.262, en caso de haberse acreditado la comisión de una **infracción** en los términos del artículo 1º de aquella ley, y no haberse propuesto algún compromiso, en los términos del artículo 24 de aquel cuerpo normativo, **y después de quedar firme aquel pronunciamiento administrativo, una instancia judicial** en la cual se ejercita la acción penal emergente de los **delitos** tipificados por la ley N° 22.262.

En este orden de ideas, se ha expresado: “...*debe tenerse en cuenta que las conclusiones a que se haya llegado en la instancia administrativa inciden necesariamente sobre el plenario,...no es posible precisar si una conducta constituye un delito previsto en el artículo 41 de la L.D.C. si no se conoce su calificación bajo el artículo 1º de la Ley. Tal calificación es materia de la instancia administrativa y de los recursos previstos en el artículo 27...*” (confr. Guillermo CABANELLAS (h), “*Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*”, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983, pág. 782; lo destacado es de la presente).

26º) Que, en consecuencia, si en función de lo que se dispone por el artículo 32 de la ley N° 22.262, la acción penal emergente de los **delitos** mencionados no puede ejercerse “...*ante el órgano judicial competente sin la sustanciación previa del procedimiento administrativo regulado en el Capítulo*

*II, Sección II...*” (lo destacado es de la presente), y el pase de las actuaciones a la justicia penal sólo puede efectuarse **después de haberse dictado la resolución que se prevé por el artículo 26 de la ley N° 22.262** (confr. art. 29), por la cual se establezca previamente la existencia de una infracción al artículo 1° de la ley N° 22.262, pues “...no es posible que se configuren los delitos previstos en el artículo 41, **si no se dan las condiciones descriptas en el artículo 1°**, resulta claramente conveniente no iniciar actuaciones relativas a tales delitos **hasta tanto no exista una determinación respecto de la existencia de las citadas condiciones...**” (confr. Guillermo CABANELLAS (h), ob. cit., pág. 758), en concordancia con lo expresado por la exposición de motivos de la ley N° 22.262, al destacarse: “...Los arts. 32 y 33 tienen importancia significativa para la estructuración de la instancia judicial. **El primero exige la tramitación del sumario en sede administrativa, como recaudo insoslayable para promover la actuación judicial**; el segundo confiere al Secretario de Estado de Comercio ... la facultad privativa de iniciar la acción penal...” (confr. “Anales de Legislación Argentina”, tomo XL-C, pág. 2530; lo destacado y subrayado son de la presente), **se concluye que el plazo de prescripción de dos años para establecer la existencia de una infracción administrativa e imponer las sanciones correspondientes operaría como un obstáculo permanente para el enjuiciamiento por los delitos previstos por el artículo 41 de la ley N° 22.262**, que tienen un plazo de prescripción mayor (6 años), según la doctrina emergente del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al cual se hizo mención por el considerando 23° de la presente.

27°) Que, en efecto, en la hipótesis que transcurrieran dos años desde la comisión de la conducta anticompetitiva que se prevé por el artículo 1° de la ley N° 22.262 (tipificable “*prima facie*”, además, en alguna de las hipótesis previstas por el artículo 41 de la ley N° 22.262), sin que se haya iniciado la investigación correspondiente, **la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no podría instruir el sumario pertinente**, cuya sustanciación—se reitera una vez más— es necesaria para el proceso penal (artículo 32 de la ley N°

*Poder Judicial de la Nación*

22.262), por encontrarse prescripta la acción emergente de la infracción administrativa y, por ende, **tampoco el Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación podría resolver la cuestión de fondo** (la existencia de la infracción que se establece por el artículo 1° de la ley N° 22.262).

28°) Que, la circunstancia mencionada por el considerando anterior no se modificaría por lo que se establece por el artículo 35, de la ley N° 22.262, por el cual se dispone: “....*El procedimiento administrativo previo interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, el que será de SEIS (6) años...*”, pues en definitiva, por el transcurso del plazo de la prescripción para imponer las sanciones administrativas establecido por el artículo 26 de la ley N° 22.262 (2 años, según la interpretación que se examina) se impide al organismo encargado de establecer la existencia de la infracción administrativa y de aplicar la sanción correspondiente ejercer aquellas atribuciones, precisamente porque: “...*Lo que desaparece con la prescripción no es pues, el delito* [en este caso, la infracción administrativa], *sino el derecho del Estado para perseguir o para ejecutar la pena...*” (confr. Oscar N. VERA BARROS, “*La prescripción penal en el Código Penal*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 3. En el mismo sentido, Juan H. SPROVIERO, “*Prescripción de la acción y de la pena*”, Editorial Ábaco, Avellaneda, provincia de Buenos Aires, 2001, pág. 28).

En consecuencia, si hubiera fenecido –por prescripción– el derecho del Estado para perseguir la conducta anticompetitiva infraccional, el sumario correspondiente no podría instruirse ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y la disposición mencionada por el párrafo anterior carecería de efecto y aplicación práctica, pues al no poder instruirse el sumario tampoco habría un procedimiento administrativo que interrumpa el curso de la prescripción de la acción emergente de la posible comisión de alguno de los delitos tipificados por el artículo 41 de la ley N° 22.262.

29°) Que, además, el pronunciamiento de Fallos 325:1702 fue

dictado cuando el más Alto Tribunal tenía una integración mayoritariamente distinta de la actual. En efecto, de los siete jueces que suscribieron aquella decisión sólo dos continúan formando parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, el magistrado que emitió el dictamen al cual se hizo remisión por aquella sentencia tampoco es, actualmente, el titular de la Procuración General de la Nación.

Por lo tanto, en atención a los cambios mencionados, no cabe suponer que el criterio, en materia de prescripción de la acción, que surge de la resolución de Fallos 325:1702 y del dictamen que precedió a aquella decisión, será mantenido, ineludiblemente, por la composición mayoritaria actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Procurador General de la Nación actual.

**30º)** Que, por lo expresado, se concluye que por la interpretación en la cual los representantes de LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y de CEMENTO SAN MARTÍN S.A., de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y de PETROQUÍMICA COMODORO RIVIADAVIA han fundado el planteo de extinción de la acción penal por prescripción, no se ha efectuado una interpretación de las disposiciones mencionadas de la ley N° 22.262 que “...*deje a todas con pleno valor y efecto, haciendo mérito de la intención del legislador confrontando todos sus conceptos...*” (confr. Fallos 303:1965; 304:794, 954, 1733, 1820; 305:538; 306:721; 307:518; 314:458, entre otros); por esta razón, y por lo expresado por los considerandos **24º** y **29º** de la presente, la interpretación mencionada debe ser descartada.

**31º)** Que, con relación a los planteos de nulidad articulados por las partes, el representante de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. postuló la nulidad del pronunciamiento recurrido por considerar que se habría vulnerado la garantía de la defensa en juicio al haberse dado por concluida la vía administrativa mediante la sanción de multa, cuando se encontraba en trámite un planteo de

## *Poder Judicial de la Nación*

prescripción y de nulidad ante este Tribunal, y por incorporarse el tipo penal previsto por el Capítulo II de la ley N° 22.262 (artículo 41).

Al respecto, se manifestó que cuando el Secretario de Coordinación Técnica dictó el pronunciamiento recurrido, se encontraba en trámite un recurso de apelación contra una resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por la cual se habían rechazado las excepciones de prescripción y de nulidad; y que la excepción de prescripción es perentoria y que cuando se la interpone como previa, debe ser tratada antes que la cuestión de fondo, por lo que correspondía que se sustancie el incidente respectivo, suspendiéndose la sustanciación de la causa principal.

En idéntico orden de ideas, los representantes de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. invocaron la nulidad del pronunciamiento recurrido por considerar que no podía resolverse la cuestión de fondo si estaba pendiente de decisión un planteo de prescripción. En este sentido, se sostuvo que al momento en que se dictó el pronunciamiento recurrido, se encontraban en trámite recursos de queja ante la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

32º) Que, la supuesta afectación al derecho de defensa que se invoca no puede tener una recepción favorable, pues las peticionarias no han explicado cuál ha sido, en el caso concreto, el hipotético perjuicio que se les habría producido. Por lo demás, debe tenerse presente que por el pronunciamiento recurrido no se omitió resolver los planteos de prescripción deducidos por las partes.

En efecto, el planteo de prescripción se trató expresamente como una cuestión previa y se rechazó aquella pretensión, aplicándose el criterio establecido por este Tribunal en la misma causa principal y por pronunciamientos anteriores vinculados con aquella cuestión; por esta circunstancia, corresponde rechazar los planteos de nulidad examinados.

Por lo demás, debe tenerse presente que este Tribunal confirmó, oportunamente, el rechazo del pedido de extinción de la acción penal por

prescripción deducido por los representantes de CEMENTO AVELLANEDA S.A., como así también el rechazo del planteo de nulidad formulado por aquella contra la resolución del 23 de agosto de 2004, por la cual se formularon los cargos contra la sociedad mencionada (confr. Reg. N° 646/2005, de esta Sala “B”), y las quejas a las cuales hizo referencia el representante de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. fueron desestimadas “*in limine*” por este Tribunal (confr. Regs. Nos. 64/2008, 66/2008 y 67/2008, de esta Sala “B”).

33°) Que, lo concerniente al planteo de nulidad efectuado con fundamento en que la tipificación de las conductas imputadas, según el artículo 41 de la ley N° 22.262 excede la competencia que por aquel cuerpo normativo se otorgó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y al Secretario de Coordinación Técnica, y que sólo corresponde a los jueces en lo Penal Económico aplicar las sanciones que se establecen para aquellos delitos, agregándose asimismo que, con motivo de la derogación efectuada por el artículo 58 de la ley N° 25.156, el Secretario de Coordinación Técnica no se encuentra facultado para imputar las acciones por los delitos que se tipificaban por la ley N° 22.262, tampoco puede tener una recepción favorable.

34°) Que, en efecto, como primer orden de ideas debe expresarse que las sanciones de multa y de cese de las conductas anticompetitivas han sido aplicadas por el Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación –y graduadas– en el ejercicio de las atribuciones que se confieren al funcionario mencionado por el artículo 26 de la ley N° 22.262, por el cual se establece: “*Cuando no se propusiere un compromiso en la forma prevista en el artículo 24, se rechazare la propuesta o el compromiso fuere incumplido, el Secretario de Estado..., mediante resolución fundada podrá disponer: a) que no se innove respecto de la situación existente. b) ordenar el cese o la abstención de la conducta imputada. c) aplicar una multa de pesos ciento setenta y seis a quinientos veintinueve mil doscientos ochenta y nueve*



## *Poder Judicial de la Nación*

**(\$ 176 a \$ 529.289), la que podrá elevarse hasta un veinte por ciento (20 %) por encima del beneficio obtenido ilícitamente...**” (texto actualizado por la Resolución N° 92 M.E. y O.S.P. [B.O. 26/01/1994]; lo destacado es de la presente).

**35°)** Que, asimismo, por el dictado de la resolución recurrida no se ejerció la facultad de instar la acción penal derivada de la presunta comisión de los delitos que se prevén por el artículo 41 de la ley N° 22.262, pues aquel impulso debe ser efectuado recién cuando se produzca la remisión a la cual se hace referencia por el artículo 36 de la ley N° 22.262, **y después que la resolución del Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación** (por la cual se estableció la existencia de una infracción administrativa en los términos del artículo 1° de la ley N° 22.262, y se aplicaron las sanciones correspondientes) **haya quedado firme**, sea porque no fue recurrida por las partes habilitadas al efecto, o porque fue confirmada por la cámara de apelaciones interviniente, con arreglo a la atribución de competencia que se establece por el artículo 27 de la ley N° 22.262.

En efecto, ante la posibilidad que la cámara de apelaciones interviniente revoque la resolución del Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía por considerar que la conducta imputada no se adecua a las previsiones del artículo 1° de la ley N° 22.262 se impediría que se produzca la remisión que se establece por el artículo 33 de la ley N° 22.262 pues, como se expresó por los considerandos **25° a 27°** de la presente, es un requisito insoslayable para poder avanzar en la investigación sobre la posible comisión de algunos de los delitos tipificados por el artículo 41 de la ley N° 22.262, que aquellas conductas se adecuen, previamente, a las previsiones del artículo 1 del cuerpo normativo mencionado.

**36°)** Que, con respecto a la tipificación de las conductas investigadas que se efectuó por el pronunciamiento recurrido, por el cual se estableció que aquellas conductas encontraban adecuación legal en los artículos

1 y 41 incisos a), b), c), e) y k) de ley N° 22.262, debe expresarse que aquella adecuación puede ser efectuada en sede administrativa para tipificar las conductas investigadas, pues por el artículo 3 de la ley N° 22.262, se estableció:

*“Quedan en particular incluídos en el artículo 1, en tanto se den las condiciones previstas en el mismo, los actos y conductas enumerados en el artículo 41”.* Por esta razón, la adecuación legal mencionada es ajustada a derecho y a la competencia, tanto de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, como del Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía.

37°) Que, en efecto, si se tiene presente que por la estructura que se adoptó por la ley N° 22.262, la acción penal derivada de la comisión de los delitos que se establecen por el cuerpo normativo mencionado no se insta hasta tanto el Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación no disponga la remisión que se establece por el artículo 36 de aquella ley, y que esta remisión sólo puede efectuarse después de haber quedado firmes las sanciones impuestas en sede administrativa (como se expresó por considerandos anteriores), cabe concluir que si por el pronunciamiento administrativo no se establecía que las conductas investigadas se adecuaban –a juicio del Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación– a alguno de los tipos penales previstos por el artículo 41 de la ley N° 22.262, la remisión a la cual se hizo mención anteriormente nunca podría efectuarse después de quedar firme la resolución administrativa, sin que el organismo administrativo incurra en una contradicción manifiesta.

En este orden de ideas, si en la oportunidad de dictar la resolución administrativa, el Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación omitiera tipificar la conducta investigada según las previsiones del artículo 41 de la ley N° 22.262, sería contradictorio que después se pretenda efectuar la remisión que se establece por el artículo 36 de la ley citada, con sustento en la posible comisión de un delito, cuando previamente se concluyó que la conducta investigada era sólo constitutiva de una

*Poder Judicial de la Nación*

infracción administrativa; por esta circunstancia, es ajustada a derecho –y a la oportunidad legal correspondiente– la adecuación legal efectuada por el pronunciamiento recurrido de las conductas investigadas en autos, sin que aquella adecuación implique la atribución de facultades exclusivas de los juzgados en lo Penal Económico. Esto es así, con independencia que después se practique la remisión aludida, y que el juzgado Penal Económico al cual le corresponda intervenir adopte el temperamento que considere ajustado a derecho y a las circunstancias del caso.

USO OFICIAL

38º) Que, con relación al agravio vinculado con la circunstancia que por el pronunciamiento recurrido se mantendría y se convalidaría un accionar nulo introducido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el traslado previsto por el artículo 23 de la ley N° 22.262 (confr. fs. 2561/2610 de estas actuaciones), incorporándose conductas que no fueron materia del debate original, e impidiendo a CEMENTOS AVELLANEDA S.A. brindar las explicaciones del artículo 20 de la ley N° 22.262, debe expresarse que aquel planteo ya ha sido tratado y resuelto por un pronunciamiento anterior de este Tribunal (confr. Reg. N° 646/2005, de esta Sala “B”), ocasión en la cual se confirmó el rechazo del planteo de nulidad deducido por aquella parte, por lo que no se advierte la pertinencia, o la necesidad, de reiterar lo establecido en aquella oportunidad.

39º) Que, asimismo, el representante de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA efectuó un planteo de tenor similar al recordado por el considerando anterior, pero con relación a la circunstancia que por el traslado previsto por el artículo 23 de la ley N° 22.262, se incorporaron -además de la extensión retroactiva del lapso investigado– conductas que no fueron materia de la vista del artículo 20 de la ley N° 22.262, como sería el caso de la existencia de un supuesto acuerdo para intercambiar información sensible instrumentado por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, y la participación en un supuesto acuerdo de precios, lo cual

habría impedido a aquella parte brindar las explicaciones del artículo 20 de aquella ley, y solicitar las diligencias previstas en el inciso a) del artículo 22, de la ley N° 22.262.

En principio, el agravio vinculado con la privación del ejercicio del derecho de defensa no puede tener una recepción favorable, pues se advierte que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. brindó las explicaciones del caso con expresa referencia a la nota periodística aparecida el 26 de agosto de 1999 en la revista VEIN-TI-DÓS, por la cual se establecía que los hechos habían comenzado en julio de 1981 y continuaban hasta el momento de aquella publicación. Incluso, por la nota periodística mencionada se manifestó: *“...la existencia de precios concertados se advierte en un informe interno de Loma Negra del 12 de febrero de 1996...Bajo el impropio título de ‘Precios de la competencia en la ciudad de Santa Fe’, el jefe de venta de Loma Negra informa a sus superiores que los precios de venta de Minetti y Corcemar ‘se ajustan a los indicados en los nuevos precios pactados...’ (confr. fs. 6); “...La remarcación fue pautada al detalle, tal vez con el propósito de disimular. En la minuta del encuentro que elaboró Bunge, de Loma Negra..., se lee que ‘para un mejor orden y control se establece que en Córdoba saldrá primero con el aumento Minetti, segundo Corcemar y tercero C. Avellaneda. En Mendoza se altera el orden de aparición...’ (confr. fs. 6); y: “...todas las semanas los miembros intercambiaban los datos de cantidades y precios de venta, supervisan el cumplimiento de lo pactado...” (confr. fs. 5).*

Esto surge con claridad de la presentación de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. a tenor del art. 20 de la ley N° 22.262 cuando, por ejemplo, se argumentó: *“...niego y rechazo que PCR participe o hubiera participado en el pasado, en un acuerdo conjunto de fijación de precios y reparto de mercado...” (confr. fs. 419); “...En relación al supuesto acuerdo de fijación de precios, al que hace referencia la nota periodística, se debe insistir en que PCR no ha participado....” (confr. fs. 432); “...la nota periodística menciona que las compañías involucradas en el presente expediente sostenían reuniones tendientes a coordinar las políticas para fijar precios y repartir*

## *Poder Judicial de la Nación*

mercados...” (confr. fs. 435).

Por lo demás, la vulneración del derecho de defensa que se invocó no se produjo en el caso concreto, pues al conferirse el traslado que se dispone por el artículo 23 de la ley N° 22.262, a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., se otorgó a ésta la oportunidad concreta de defenderse con relación a las imputaciones efectuadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y de solicitar al organismo mencionado la producción de las medidas de prueba que se considerase útil. En efecto, por el artículo 23 de la ley N° 22.262 se dispuso: “...se correrá traslado de las actuaciones al presunto responsable por el término de TREINTA (30) días para que **efectúe su descargo y ofrezca prueba...**” (lo destacado es de la presente).

Sin perjuicio de lo expresado, cabe destacar que este Tribunal ya ha establecido, en otro incidente correspondiente a esta misma causa principal: “...Que, además, la supuesta violación de lo prescripto por los arts. 18 y 20 de la ley N° 22.262 no se encuentra sancionada con nulidad. De este modo y toda vez que el principio general en materia de nulidades acuerda carácter restrictivo y excepcional a aquéllas (confr. Regs. Nos. 367/00, 671/00, 682/00, 152/02 de esta Sala “B”, entre muchos otros), el planteo efectuado debe ser rechazado...” (confr. Reg. N° 276/2005, de esta Sala “B”).

40°) Que, asimismo, los representantes de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND solicitaron que se declare la nulidad de todo lo actuado con relación a la entidad mencionada invocando una supuesta violación al derecho de defensa de aquélla, y una afectación al debido proceso, por no haberse otorgado a la entidad mencionada la vista que se establece por el artículo 20 de la ley N° 22.262, agregando: “...esta AFCP ingresó al proceso administrativo como imputada cuando ya estaba derogada la ley 22.262, pues **hasta el 23 de agosto de 2004 tal entidad empresarial permaneció ajena por completo a los presentes actuados...nada impedía que a su respecto se labraran actuaciones por separado sin confusión en cuanto a la ley aplicable...**” (confr. fs. 5479 vta.; lo destacado pertenece al texto original);



y que por la omisión mencionada se impidió a aquella asociación ejercer un control sobre la prueba producida en el expediente. Este planteo, asimismo, fue apoyado por el recurso de apelación presentado a fs. 5486/5559 por la apoderada de JUAN MINETTI S.A.

En principio, el criterio establecido por este Tribunal, mediante el pronunciamiento que se recordó por el último párrafo del considerando anterior, es suficiente para descartar la procedencia de la nulidad articulada, con relación a la supuesta violación de la disposición del artículo 20 de la ley N° 22.262. A esto cabe agregar que si la calidad de imputada de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND se advirtió varios años después del inicio del expediente, y con motivo de la investigación llevada a cabo, no correspondía que el proceso se retrotraiga a etapas superadas. Por lo demás, tanto el ejercicio del derecho de defensa de la recurrente, como también la posibilidad de ejercer el control sobre la prueba producida en el expediente, y la facultad de ofrecer las medidas de prueba para su descargo, estuvo plenamente garantizado por la intervención que se otorgó a la entidad mencionada al conferirse a aquélla el traslado que se establece por el artículo 23 de la ley N° 22.262, para que “...efectúe su descargo, y ofrezca prueba...”.

Finalmente, la argumentación relativa a que deberían habese formado actuaciones por separado respecto de aquélla, las cuales deberían haber tramitado según las prescripciones de la ley N° 25.156, con fundamento en que para la fecha en que se imputó a ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND una participación en los hechos investigados (23/08/2004) ya estaba vigente el cuerpo normativo mencionado, tampoco puede tener una recepción favorable. Esto es así, no sólo por las razones que se expresaron por los considerandos 4° a 13° de la presente con relación a la ley aplicable al caso “*sub examine*”, sino fundamentalmente porque el momento en el cual se cursó la imputación a la entidad mencionada es irrelevante para determinar la ley aplicable al caso.

41°) Que, con relación al planteo de nulidad deducido por el



## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

representante de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. al presentar el memorial de fs. 5889/5907 con fundamento en que “...*La Resolución se encuentra firmada por el Secretario cuando la Ley N° 25.156 ha previsto expresamente la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como la autoridad de aplicación de las normas de defensa de la competencia...*” (planteo que asimismo ha sido efectuado a fs. 5486/5559 por la representante de JUAN MINETTI S.A.), sólo cabe establecer que, como se expresó por los considerandos anteriores, la ley aplicable al caso “*sub examine*” es la ley N° 22.262. En consecuencia, corresponde concluir que la resolución ha sido dictada –y las sanciones han sido impuestas– por el funcionario a quien por el cuerpo normativo mencionado se atribuye la competencia para aplicarlas.

42°) Que, en idéntico orden de ideas, aunque con un argumento distinto, el representante de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND cuestionó la validez del pronunciamiento recurrido, por estimar que aquél debería haber sido dictado por el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, y no por el Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

Al respecto, debe destacarse que si bien por el artículo 26 de la ley N° 22.262, se atribuyó al “...*secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales...*” la competencia para el dictado de la resolución correspondiente, aquella atribución de competencia se efectuó al secretario de Estado mencionado pues por el artículo 6 de la ley N° 22.262, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia había sido creada “...*en el ámbito de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales...*”.

A partir de las sucesivas reformas organizativas de los distintos departamentos del Estado que integran la Administración Pública Nacional, las sucesivas reformas de las estructuras organizativas de cada departamento del Estado, y las sucesivas modificaciones de la forma en que se denominarían estas últimas (confr. leyes N° 24.629, decretos [P.E.N.] Nos. 558/1996, 660/1996,

992/1996, 1450/1996, 25/2003, 1283/2003 y 1359/2004), se advierte que a la fecha del dictado de la resolución recurrida no existía, dentro de la estructura organizativa de los niveles operativos del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, una Secretaría denominada como “*de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales*”. Sin embargo, la Secretaría de Estado que, a la fecha del dictado de la resolución recurrida, tenía en su estructura las atribuciones y funciones de la “ex Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales” vinculadas con la ley N° 22.262, era la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, quien conservó aquellas atribuciones hasta el dictado del decreto (P.E.N.) N° 877/2006; B.O. 14/07/2006), por el cual se dispuso: “*La estructura organizativa de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, será la aprobada oportunamente para la ex SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN por el decreto N° 1359 de fecha 5 de octubre de 2004 y sus normas complementarias*” (confr. artículo 3).

Por lo expresado, se permite concluir que la resolución recurrida ha sido dictada por el Secretario de Estado correspondiente; por este motivo, corresponde rechazar el planteo de nulidad efectuado por la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND.

**43º)** Que, por lo demás, el planteo de nulidad de la resolución recurrida, efectuado por las recurrentes con sustento en la supuesta falta de fundamentación en el derecho aplicable a los hechos comprobados, tampoco puede prosperar, debido a que por la resolución mencionada –por la cual (se reitera una vez más) se consideró parte integrante de aquélla el dictamen emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia obrante a fs. 5009/5222, al cual se remitió por razones de brevedad– se efectuó un análisis crítico de las pruebas para determinar la existencia de los hechos investigados y la participación de las empresas imputadas, se efectuó un examen técnico jurídico para el enfoque en el derecho positivo vigente, se expusieron las conclusiones de hecho y de derecho a las cuales se arribó y se culminó con la

*Poder Judicial de la Nación*

imposición de las sanciones previstas por el artículo 26 de la ley N° 22.262. Por lo tanto, el cuestionamiento mencionado no puede prosperar debido a que la resolución administrativa se encuentra fundada en las constancias de la causa y en la legislación aplicable al caso, y las críticas efectuadas por la recurrente consisten en meras discrepancias con lo resuelto y con las pruebas tenidas en cuenta, las cuales serán valoradas al examinarse los recursos de apelación deducidos.

44°) Que, por último, el apoderado de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND invocó la supuesta existencia de vicios genéricos con relación al debido proceso, y cuestionó por arbitrario el actuar de la Comisión de Defensa de la Competencia, pues “...se negó a conceder los recursos de apelación para permitir que los Tribunales superiores pertinentes tomaran cartas en el asunto. Obviamente, ello motivó la presentación de las quejas de rigor, las que aún no han sido resueltas pues se mantienen en pleno trámite (exptes. 14.733/04 y 16.572/04 de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal)...” (confr. fs. 5482). Al respecto, sólo debe establecerse que la denegación de un recurso no puede ser interpretado como un supuesto de arbitrariedad y tiene previstas vías legales para procurar su revisión.

Por otra parte, la ausencia de resolución de los expedientes N° 14.733/04 y 16.572/04 por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hasta el 27 de marzo de 2.008 (confr. la certificación de fs. 6195) es irrelevante e inoficiosa, pues la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND conoce acabadamente que esta Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico es el tribunal competente para resolver el asunto “*sub examine*”. Esto ha sido establecido así, no sólo por esta Sala “B” (confr. Regs. Nos. 127/06, 210/07, 211/07, 212/07, 213/07, 64/08, 66/08 y 67/08), sino también por la misma Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (confr. fs. 114/117 del expte. N° 57.596; fs. 771/774 del expte. N° 57.595; fs. 264/267

del expte. N° 57.594; fs. 346/349 del expte. N° 57.597; fs. 17/20 del expte N° 56.316; fs. 45/48 en el expte. N° 56.318; fs. 11/14 del expte. N° 56.317; fs. 120/123 del expte. N° 56.319; fs. 118/121 del expte. N° 56.315).

**45°)** Que con relación a la cuestión de fondo, las partes se agraviaron por considerar que se utilizaron documentos fotocopiados que carecen de firma y que la información se extrajo de un libro que no habría sido reconocido ni ratificado por el supuesto autor de aquél, quien sería Luis Jorge CAPURRO; que no se ha acreditado la existencia de actos colusivos; que la prueba se ha valorado de manera arbitraria y parcializada; que se carecen de argumentos y de prueba concreta que permita refutar las explicaciones de los descargos oportunamente efectuados por las sociedades sancionadas; que se omitió tener presente que en el lapso comprendido entre los años 1983 y 1988 existió un férreo control de precios por parte del gobierno nacional; que no existe ningún dato ni prueba para sustentar la existencia de la auditoría del año 1981; que no se probó la intervención de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. en los episodios de colusión de precios; que no ha quedado acreditada la existencia de reuniones fuera del ámbito de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND; y que se ha aplicado una pena desorbitada y cuantificada sin razón alguna, lo cual torna confiscatoria la multa impuesta.

**46°)** Que, en principio, las cuestiones vinculadas con la entidad convictiva que corresponde otorgar a los distintos elementos de prueba incorporados a las presentes actuaciones, para concluir en la acreditación, o en la ausencia de acreditación, de las conductas imputadas, serán examinadas progresivamente y en función de la vinculación que aquellas pruebas guardan con los distintos aspectos que se desarrollarán por la presente.

Sin perjuicio de lo expresado, corresponde examinar el planteo relativo a que para concluir en la acreditación de las conductas investigadas se habrían utilizado documentos fotocopiados que carecen de firmas, cuya validez tampoco habría sido ratificada por la persona que los habría brindado al

## *Poder Judicial de la Nación*

periodista que fue el autor de la nota de fs. 10 vta./12 vta., quien si bien se amparó en la reserva de la fuente, aclaró que aquella documentación le fue entregada por un funcionario de LOMA NEGRA C.I.A.S.A. Esta persona sería Luis Jorge CAPURRO. En especial, el representante de CEMENTOS AVELLANEDA manifestó: “...*La persona que podía refrendar los dichos del periodista [autor de la nota de fs. 10 vta./12 vta.], así como los datos volcados en la revista veintidós y, en definitiva, avalar la gravísima denuncia contra CASA y las demás empresas sancionadas, jamás brindó su testimonio...*” (confr. fs. 5635).

USO OFICIAL

47º) Que, en principio, corresponde recordar cómo se iniciaron las presentes actuaciones, pues por la argumentación que efectúan las partes parecería que se iniciaron con motivo de una denuncia presentada por un periodista que fue el autor de la nota de fs. 10 vta./12 vta., lo cual no es ajustado a las constancias del expediente.

En efecto, las actuaciones se iniciaron con motivo de la nota dirigida por el Secretario de Industria, Comercio y Minería al presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por la cual se hizo mención al artículo periodístico de fs. 10 vta./12 vta., publicado en la edición N° 59 (del 26/08/1999) de la revista VEIN-TI-DOS.

Por la nota de fs. 2 de estas actuaciones, el Secretario de Industria, Comercio y Minería destacó que por el artículo periodístico en cuestión “...*se formula una denuncia acerca de maniobras de cartelización en la industria del cemento. Solicito que esa Comisión se aboque inmediatamente a la investigación de esta cuestión...*” (la transcripción es copia textual del original; lo destacado es de la presente). Con motivo de aquella remisión, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia **promovió de oficio la investigación de autos**, notificando a las sociedades imputadas la existencia de las actuaciones y el contenido del artículo periodístico en cuestión, para que aquéllas brinden las explicaciones que considerasen pertinentes en los términos del artículo 20 de la ley N° 22.262; asimismo, se citó al periodista que fue el autor de la nota de fs.



10 vta./12 vta. a prestar declaración testifical.

**48º)** Que, si bien al prestar declaración testifical, aquel periodista se amparó en el derecho a la reserva de la fuente de información periodística que se establece por el artículo 43 de la Constitución Nacional, lo cierto es que ratificó el contenido del artículo periodístico al cual se hizo mención por el considerando anterior, haciéndose responsable por el contenido de la información brindada, y aportó los elementos de prueba en los cuales se basó la investigación periodística efectuada.

Por lo demás, resulta ajeno a la presente investigación la determinación de quién actuó como fuente de información periodística, pues el periodista que publicó el artículo que motivó el inicio de la investigación iniciada de oficio asumió la responsabilidad por el contenido de aquél y aportó la documentación recopilada durante la investigación periodística. Por lo tanto, la exigencia de la “ratificación” –por quien habría actuado como fuente de información periodística– de la “validez” de la documentación aportada por el periodista que testificó carece de sustento normativo alguno. Por lo demás, la hipótesis invocada por el apoderado de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND relativa a supuestos delitos de robo o hurto de la documentación “contenida” en el libro (por lo cual solicitó la aplicación “...*de la doctrina de la Corte Suprema elaborada a partir del caso “Montenegro...”*”), no puede tener una recepción favorable pues, en principio, aquellas hipótesis delictivas no tienen sustento objetivo en ningún elemento de prueba incorporado a la investigación; esto es así, a punto tal que ni siquiera el recurrente lo afirma categóricamente, sino que lo introduce como una posibilidad remota (“...*documentación variada extraída sin autorización -¿hurtada o robada entonces?-...*”; lo destacado es de la presente).

Finalmente, con relación al agravio bajo examen, cabe agregar que la acreditación de las conductas investigadas en estas actuaciones no se sustentó –exclusivamente–, en la información y/o documentación aportada por el periodista que declaró como testigo, sino en los restantes elementos de prueba



*Poder Judicial de la Nación*

que sirvieron para corroborar la hipótesis que se dio a conocer, públicamente, por el informe periodístico mencionado. Entre los elementos de prueba mencionados, que serán analizados oportunamente, **se encuentra asimismo diversa documentación, tanto aportada por las partes, como así también obtenida como resultado de un allanamiento realizado en la sede de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND.**

49º) Que, asimismo, con relación a la existencia y el contenido de la información compilada en el denominado “Libro”, por el recurso de apelación interpuesto por CEMENTOS AVELLANEDA S.A. se argumentó que el escritor de libro no tuvo más que consultar la información de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND y tomar los datos estadísticos que surgían de allí; “...*estos datos carecen de relevancia porque fueron obtenidos de la propia asociación que nuclea a las empresas del rubro del cemento...*”. En el mismo orden de ideas se agravieron los apoderados de JUAN MINETTI S.A., LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A.

Con relación a la fidelidad de la información contenida en el “Libro”, si las partes invocan primero que el supuesto autor de aquel libro sólo tuvo que recurrir a la información existente en la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND para confeccionarlo, se advierte una contradicción manifiesta cuando después se cuestiona la información contenida en aquél. Asimismo, la fidelidad de la información aportada por las empresas investigadas a la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND fue materia de tres auditorías, por las cuales se concluyó que aquella información representaba razonablemente la situación de cada empresa, como se examinará más adelante.

50º) Que, es útil recordar que por el artículo 1º de la ley N° 22.262, que se transcribió por el considerando 9º de la presente, se enuncian distintas conductas prohibidas, con la finalidad de procurar mantener el correcto funcionamiento del mercado y de procurar garantizar la defensa de la libre

actividad de los particulares (confr. la exposición de motivos de la ley N° 22.262).

Mediante la sanción de la ley N° 22.262 se pretendió evitar las prácticas anticompetitivas con la finalidad de impedir la afectación y procurar el resguardo del bienestar general de la comunidad.

El ámbito de la ley N° 22.262 es el de los postulados básicos de la actividad económica, cuya fuente ha sido la denominada ley Sherman (primera ley antimonopólica), sancionada en 1890 en los Estados Unidos de América (también constituyen fuentes la “Clayton Act” y la “Federal Trade Comision”); en Argentina, los antecedentes de la ley 22.262 son las leyes 11.210 y 12.906, sobre la cual se llegó a expresar que constituye una especie de carta constitucional de la economía, inspirada en la filosofía de la repartición del poder económico y de la libertad de comercio, concretada mediante una conciliación entre las posiciones liberales extremas y las que favorecen el control estatal y las nacionalizaciones (confr. Jaime VILLEGAS CAYÓN, “*Monopolio y competencia*”, Madrid, 1970, págs. 189 a 210).

Es destacable que existen diferencias entre la ley N° 22.262 y la legislación monopólica estadounidense, circunstancia por la cual muchos antecedentes judiciales de aquel país no pueden aplicarse en la República Argentina.

**51°)** Que, de conformidad con la descripción del artículo 1° de la ley mencionada, y a los fines de asegurar la tutela del bien jurídico protegido por aquélla, para que una conducta sea pasible de alguna de las sanciones previstas por el artículo 26 de la ley N° 22.262 debe verificarse la concurrencia de tres elementos generales, y por la falta de concurrencia o de acreditación de alguno de éstos se impide la subsunción de la conducta examinada en el tipo descripto por el artículo anterior.

Los elementos mencionados son:

**a)** que se trate de comportamientos vinculados con la producción y el intercambio de bienes y servicios;

## *Poder Judicial de la Nación*

b) que por aquellos comportamientos se produzca alguno de los siguientes resultados típicos:

- b.1) una limitación de la competencia,
- b.2) una restricción de la competencia,
- b.3) una distorsión de la competencia,
- b.4) un abuso de posición dominante en un mercado.

A este último tenor, la norma se complementa con el artículo 2° del mismo cuerpo legal, por el cual se define qué se entiende por “*posición dominante en un mercado*” por parte de una persona o de un conjunto de personas;

c) que constituya la posibilidad de causar un perjuicio para el interés económico general.

52°) Que, la concurrencia de los elementos que se mencionan por el artículo 1° de la ley N° 22.262, señalados como **a)**, **b)** y **c)** por el considerando anterior, debe ser considerada para determinar si una conducta es punible, o no. Por su parte, los indicados en el acápite **b)** son alternativos, de modo que basta que se verifique la concurrencia de alguno de aquéllos para que junto con los mencionados por los apartados **a)** y **c)** se constituya una infracción a la ley.

Los resultados típicos mencionados en **b)** pueden ser clasificados en prácticas abusivas y prácticas de exclusión. En el primer grupo se incluirán aquellos actos que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, por los cuales se generan, de por sí, rentas monopólicas o monopsónicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos. En cambio, las prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales se restringe la competencia por medio de limitaciones u obstáculos que se imponen a competidores reales o potenciales; por ende, generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto. Esta clasificación está presente en el artículo 1° de la ley N° 22.262, pues las conductas mencionadas en aquél, como las “...que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia...” pueden identificarse como prácticas de exclusión, en tanto que las incluidas en la categoría de “abuso

*de posición dominante*” son consideradas, en general, prácticas abusivas.

En consecuencia, para que una conducta vinculada con la producción o el intercambio de bienes o servicios sea reprochable por aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262 debe ser, por un lado, anticompetitiva (por medio de una limitación, una distorsión o una restricción al funcionamiento del mercado, o del abuso de una posición dominante en aquél); por el otro, debe existir la posibilidad de daño para la comunidad (por atentarse contra el interés general).

Por la exposición de motivos de la ley N° 22.262 se aclaró que con esta posibilidad se hace referencia a un peligro concreto y no a una simple posibilidad lógica y abstracta. De este modo, como regla general, la aplicación de la ley no se regiría por el principio “*per se*” de la sola existencia de actos anticompetitivos, sino que se sustentaría en la llamada “*regla de la razón*”, por la cual se requiere la existencia de efectos económicos negativos para la comunidad.

Por otra parte, para que las conductas anticompetitivas previstas por el artículo 1° de la ley N° 22.262 puedan ser punibles, deben ser efectuadas por un agente económico que posea poder de mercado en alguna actividad y que se utilice este poder al llevar a cabo la conducta.

Asimismo, el ejercicio del poder de mercado del cual se trata debería tener aptitud para generar la posibilidad de una reducción del excedente del consumidor.

**53°)** Que, en el caso “*sub examine*”, las recurrentes no han cuestionado que las conductas investigadas sean de las previstas por el acápite **a)** del considerando **51°** de la presente, ni que el bien o el servicio involucrado es el cemento portland, ni que el mercado geográfico relevante es el mercado nacional; por estos motivos, corresponde examinar los requisitos contemplados en los apartados **b)** y **c)** de aquel considerando, es decir, constatar la subsunción, o no, en alguno de los mencionados resultados típicos, y verificar si los resultados típicos de aquellas conductas tienen entidad para causar, en los

## *Poder Judicial de la Nación*

términos del considerando anterior, un perjuicio al interés económico general.

54º) Que, a los fines mencionados por el considerando precedente, resulta necesario recordar que por el pronunciamiento recurrido se expresó: *“...(se) comparte(n) los términos del dictamen emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, y cuya copia autenticada se incluye como Anexo I y es parte integrante de la presente resolución...”* (confr. fs. 5245).

55º) Que, en lo sustancial, por el dictamen de fs. 5009/5229, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia consideró acreditado, según la remisión que se efectuó por aquel dictamen a los distintos elementos de prueba incorporados a la investigación, y de acuerdo con las citas efectuadas en cada caso:

a) que a fines de julio de 1981 las cinco principales empresas cementeras del país se repartieron el mercado de la siguiente forma: LOMA NEGRA C.I.A.S.A. 48,65 %, CORCEMAR S.A. 15,40%, JUAN MINETTI S.A. 14,90%, COMPAÑÍA ARGENTINA DE CEMENTO PORTLAND S.A. —después CEMENTO SAN MARTÍN S.A.— 10,65% y CEMENTOS AVELLANEDA S.A. 10,40 %;

b) que, en el año 1983, los porcentajes pactados se habrían alterado levemente al incrementar JUAN MINETTI S.A. su participación en el mercado un 3,55 % (por la nueva planta en Puesto Viejo, provincia de Jujuy), y CORCEMAR S.A. la participación otorgada un 0,85 % (por las mejoras introducidas a su planta de Capdeville, provincia de Mendoza). En consecuencia, los porcentajes pactados habrían quedado establecidos de la siguiente forma: LOMA NEGRA C.I.A. S.A. 47%, CEMENTO SAN MARTÍN S.A. 9,15 %, CORCEMAR S.A. 16,25 %, JUAN MINETTI S.A. 18,45 % y CEMENTOS AVELLANEDA 9,15 %, los cuales se habrían mantenido hasta el año 1990 inclusive;

c) la existencia del denominado “Operativo Patagonia”, que se

habría llevado a cabo entre los años 1987 y 1989, mediante el cual LOMA NEGRA C.I.A. S.A., CEMENTO SAN MARTÍN S.A. y CEMENTOS AVELLANEDA S.A., con la aceptación del resto de las asociadas, pusieron en marcha una acción conjunta que consistió en invadir la región patagónica con cemento más barato que el de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., y en condiciones de venta mucho más blandas que las vigentes en el resto del país, con la finalidad de forzar el ingreso al cartel de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. (que antes de aquellas fechas se había negado a ceder parte de su mercado al resto de las cementeras), lo cual habría ocurrido en agosto de 1989;

d) que, en el mes de abril de 1991, se habrían fijado los nuevos porcentajes de distribución de cuotas del mercado. En este nuevo acuerdo se incluía a la fábrica de EL GIGANTE S.A., adquirida por CEMENTOS AVELLANEDA S.A., como así también la participación de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., que habría ingresado al cartel como miembro provisorio después del “Operativo Patagonia”. Los nuevos porcentajes acordados fueron los siguientes: LOMA NEGRA C.I.A.S.A. 46,50 %, JUAN MINETTI S.A. 17,23 %, CORCEMAR S.A. 10,79 %, CEMENTOS AVELLANEDA S.A. 10,79 %, CEMENTO SAN MARTÍN S.A. 8,68 % y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA 3,37 %;

e) que el sistema estadístico montado por la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND constituyó, durante el período investigado, un mecanismo de soporte y control de la concertación de cuotas y de participaciones en el mercado entre las empresas cementeras asociadas, imprescindible para detectar los incumplimientos y corregir los desvíos respecto de las cuotas y las participaciones concertadas;

f) que las empresas imputadas, y la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, se encontraban preocupadas por controlar la exactitud del sistema de intercambio de información competitivamente sensible, para lo cual en los años 1981, 1984 y 1990 encomendaron la realización de auditorías de despacho y facturación a empresas especializadas, siendo altamente



## *Poder Judicial de la Nación*

sugestivo que las auditorías mencionadas resultaron coincidentes, o cercanas, a las fechas en las cuales se produjeron modificaciones en las participaciones del mercado pactadas;

g) que las personas que intervenían por las empresas en el intercambio de información por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND eran, en su mayoría, personal comercial o del área de ventas, de jerarquías diversas dentro de cada empresa, y muchas de aquéllas son las mismas personas que aparecen citadas en las reuniones de la Mesa de Acuerdos;

h) la existencia de reclamos de las empresas y de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND cuando se producían retrasos en el envío de la información por parte de alguna, o algunas, de las empresas asociadas;

i) que la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND procesó, como un ítem ultraconfidencial, informes de despacho de carácter semanal, y los ha distribuido a las empresas asociadas, también con frecuencia semanal;

j) que las empresas asociadas, por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, acordaron, en diciembre de 1996, considerar una nueva apertura de la estadística de despachos por localidades, propuesta por LOMA NEGRA C.I.A. S.A.. Aquella estadística de despachos por localidades era utilizada por LOMA NEGRA C.I.A.S.A internamente para sus negocios y por aquélla se efectuaba una distinción entre los distintos tipos de clientes;

k) que la información competitivamente sensible intercambiada por las empresas cementeras por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, que individualizaba producción y despachos de cada empresa, tenía carácter confidencial;

l) que las empresas cementeras imputadas, junto con la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, procuraron perfeccionar el sistema de intercambio de información competitivamente

sensible, de manera que cada empresa cementera imputada contara con la información de una manera sistemática, rápida, ágil y confiable;

m) la existencia de diversos episodios de concertación de precios y otras condiciones comerciales en las que participaron LOMA NEGRA C.I.A.S.A., JUAN MINETTI S.A., CEMENTO SAN MARTIN S.A. y CORCEMAR S.A., mediante la comprobación por la auditoría de fs. 1651/1696. Estos episodios de concertación de precios se habrían verificado en las ciudades de Santa Fe, Rosario y Córdoba, **aunque se aclaró que la concertación de precios no fue la variable central de las conductas colusivas investigadas, pues la concertación acreditada principalmente se vincula con el reparto del mercado a escala nacional;** y,

n) la existencia de reuniones entre personal de ventas o del área comercial de las empresas investigadas fuera del ámbito de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND y/o del INSTITUTO DEL CEMENTO PORTLAND ARGENTINO.

56º) Que, para un desarrollo mejor de las cuestiones a resolver, corresponde analizar en primer lugar la imputación vinculada con los acuerdos de concertación, la asignación de cuotas, lo relativo al denominado “Operativo Patagonia”, lo atinente al intercambio de información competitivamente sensible mediante la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, la función que cumplía aquel sistema en el supuesto de cartelización examinado, lo atinente a las auditorías, los episodios de colusión de precios en las ciudades de Santa Fe, Rosario y Mendoza, las reuniones fuera del ámbito de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND y/o el INSTITUTO DEL CEMENTO PORTLAND ARGENTINO, y si se podría haber afectado, o no, el interés económico general, mediante el desarrollo de las conductas mencionadas. Finalmente, en caso afirmativo, correspondería examinar la procedencia de las sanciones impuestas por el pronunciamiento recurrido, y el monto de aquéllas.

## *Poder Judicial de la Nación*

57º) Que, las circunstancias recordadas por los puntos a), b) y d) del considerando 51º de la presente evidencian prácticas exclusorias de la competencia tendientes a la restricción –y, en el caso, a la eliminación– de la competencia libre.

En principio, es útil recordar que la piedra angular del sistema de economía de mercado es la competencia, es decir, el libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios. Esta competencia constituye, por sí misma, un bien, cuya protección legal es necesaria para el buen funcionamiento del sistema de economía de mercado y para obtener los beneficios derivados de la puja competitiva, para el interés económico general.

Por lo tanto, por los acuerdos de reparto de mercado se restringe la competencia, pues las partes que intervienen en aquél alcanzan un consenso sobre un plan que limita su libertad de actuación en el mercado al determinar las líneas de la mutua acción –o abstención– en aquél (confr. Comisión de la Comunidad Europea en el caso “POLIPROPILENO”, citado por Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO en “*Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*”, Ed. Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 54), pues **aquéllas solo podrán confluir en el mercado hasta la porción (o cuota) de aquél que –por el acuerdo o el consenso común– se asignó a cada una.**

En este orden de ideas, debe tenerse presente que: “...*La definición de que la conducta investigada es un acuerdo es importante en una fase preventiva, es decir antes de ser implementado en el mercado ya que **el acuerdo, inclusive tácito, cuando es llevado a la práctica se transforma en una práctica concertada...***” (confr. Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO, ob. cit., pág. 56). Por éstas prácticas concertadas se evidencia una cooperación que tiende a eliminar la incertidumbre acerca del comportamiento de los competidores, y en consecuencia, a la competencia misma, como se analizará más adelante.

58º) Que, en efecto, si se tiene presente que concurrir verdaderamente al mercado implica hacerlo en condiciones y con reales posibilidades de competir libremente, y que concurrir –en los términos de la

exposición de motivos de la ley 22.262– no es solamente “aparecer” en el mercado, sino tener la posibilidad concreta de competir con libertad real, de decisión y de acción, **se advierte que no hay verdadera libertad cuando quienes invocan “competir” fijan la extensión del mercado hasta la cual debe ajustarse la concurrencia de aquéllos en aquel mercado.**

59º) Que, la fijación de la extensión del mercado hasta la cual podían concurrir las empresas investigadas elimina todo vestigio de competencia entre quienes participaron de los repartos del mercado, dado que **por el acuerdo se anula la rivalidad natural que existe entre competidores, restringiéndose la posibilidad que aquéllos operen libremente en el mercado, pues conocen qué porción del mercado les pertenece, qué porción del mercado les resulta ajena, y que aquellas porciones, al haber sido acordadas entre las restantes oferentes del mismo bien, y en un mismo mercado geográfico relevante, no estarán expuestas a la amenaza de la conducta de sus –ahora no– “competidores”, eliminándose en consecuencia la incertidumbre sobre el accionar de aquéllos, y sobre las variables competitivas que podrían adoptar, por el carácter predominantemente privado de los negocios entre las empresas investigadas y los clientes de éstas.**

60º) Que, si bien la acreditación de un supuesto de cartelización, el cual demanda un acuerdo de voluntades (de los oferentes de un mismo bien), orientadas con una misma finalidad (el reparto del mercado de aquel bien), es de difícil acreditación en forma directa (pues no es de esperar que quienes se reparten ilícitamente un mercado suscriban un convenio y guarden copias de aquél), basta la verificación de los actos llevados a cabo con aquella finalidad ilícita, o de los medios empleados en común para el cumplimiento de lo pactado, **pues evidencian la consecución del objetivo ilícito que originalmente los unió.**

Esto es así, sin perjuicio del valor probatorio que pudiera extraerse de cualquier otro indicio o presunción, en la medida en que estos últimos sean

## *Poder Judicial de la Nación*

graves, precisos y concordantes.

Por lo demás, debe tenerse presente que: “...*Cuando existe pluralidad de actores, por ejemplo en una colusión, se habla de acuerdo que limita o restringe la competencia...se requiere la existencia de bilateralidad y consenso entre los miembros del acuerdo, pudiendo éste ser expreso o tácito...*” (confr. Gabriel GARCÍA MEDRANO, ob. cit. pág. 53; lo destacado es de la presente).

61º) Que, en el caso “*sub examine*”, la existencia misma de los acuerdos de concertaciones de cuotas y de reparto de mercado se evidencia por la forma en que operaron en el mercado las sociedades investigadas, por la inexplicable forma de actuar que motivó lo que se denominó el “Operativo Patagonia” (que pone en evidencia no sólo una acción concertada, sino también la forma agresiva en que operaba el cartel), como así también por la existencia del sistema de intercambio de información competitivamente sensible instrumentado por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND y por las demás cuestiones que se generaron en torno al sistema mencionado, que serán examinadas más adelante, y, principalmente, por la constatación que los volúmenes de ventas en el mercado nacional que, año a año, tuvieron las sociedades imputadas durante el lapso investigado, **respetaron—casi con rigor— el porcentaje del mercado asignado a cada una de aquéllas.**

62º) Que, por el examen de los elementos de prueba se advierte que los repartos del mercado del cemento portland que habrían acordado las empresas investigadas, en los años 1981, 1983 y 1991, se efectuó mediante la asignación, a cada una de aquéllas —y entre aquéllas—, de un porcentaje concreto de la demanda anual de aquel mercado.

En efecto, conforme surge de las constancias obrantes en autos, se permite concluir que los porcentajes que se atribuyeron a cada una de las empresas investigadas fueron establecidos teniéndose en cuenta no sólo los volúmenes de ventas que hasta aquellas fechas volcaban al mercado las

sociedades mencionadas, sino también en función de la capacidad de producción ociosa de aquellas empresas. En suma, para establecer los porcentajes que se atribuyeron a cada sociedad se habría tomado en cuenta, como elemento de negociación de la cuota de participación en el mercado nacional, **la capacidad instalada total por cada empresa, con independencia de lo efectivamente producido y vendido.**

63º) Que, lo expresado por el considerando anterior se refuerza no bien se advierte que, ampliada la capacidad de producción instalada por algunas de las sociedades investigadas (sea mediante la adquisición de plantas nuevas, o por mejoras introducidas en las plantas propias), aquéllas habrían podido obtener (o imponer) un incremento de su participación en el mercado relevante, al momento de renegociarse la asignación de cuotas durante los años 1983 y 1991.

64º) Que, si bien se argumentó que por la ampliación de la capacidad instalada se evidenciaba la existencia de un mercado competitivo, este argumento se descarta por las razones expresadas por el considerando anterior, y por la circunstancia que no puede obviarse que, en casos como el “*sub examine*”, la ampliación de la capacidad de producción total instalada se presentaba, razonablemente, como una herramienta eficaz para disuadir al resto de los asociados (“no competidores”) de la intención de apartarse del acuerdo preestablecido.

Si aquélla no hubiera sido la finalidad perseguida, cabe cuestionarse las razones por las cuales JUAN MINETTI S.A. y CEMENTOS AVELLANEDA S.A. ampliaron la capacidad de producción instalada en fechas en las cuales no utilizaban su capacidad total instalada al cien por ciento (100 %) y, **después de ser ampliada aquella capacidad de producción, tampoco la utilizaron en su totalidad, pero paradójicamente estuvieron en condiciones de obtener una mejora de la cuota del mercado cuando se efectuó un nuevo reparto de aquél.**



## *Poder Judicial de la Nación*

Por lo demás, el argumento empleado por CEMENTOS AVELLANEDA S.A. relativo a que se utilizó el 100 % de la capacidad total instalada no puede tener una recepción favorable, pues se advierte que los años en los cuales se invocó que se habría utilizado aquella capacidad de producción (1968 y 1978, según el cuadro introducido por el recurso de apelación de aquélla a fs. 5656) no forman parte del lapso investigado en estas actuaciones (1981-1999).

65°) Que, asimismo, debe tenerse presente que, en el año 1987, la única sociedad investigada que utilizó el 100 % de su capacidad total instalada era PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. (es decir, antes que se forzara a aquélla –mediante el denominado Operativo Patagonia– a ingresar al acuerdo, como se analizará más adelante), y que las restantes empresas empleaban su capacidad total instalada en un porcentaje que oscilaba entre el 44 % y 56 % (confr. fs. 1422/1428, datos aportados por la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND).

66°) Que, incluso, la falta de explotación del 100 % de la capacidad total instalada por las sociedades investigadas, es un elemento más por el cual se evidencia la cartelización investigada, **pues revela que las sociedades investigadas sólo producían lo suficiente para mantenerse en el porcentual o cuota asignada.**

En efecto, al existir un acuerdo de concertación de cuotas, y al estar en conocimiento de las sociedades el porcentaje que detentaban del mercado, no existía razón alguna para que aquéllas incrementen su producción al 100 % de su capacidad instalada total, cuando aquella actividad sólo traería aparejada una producción acumulada que no se podría vender –sin infringir el acuerdo– y acarrearía costos de difícil recuperación, por estar restringida la cantidad de cemento portland que cada sociedad podía volcar al mercado nacional a la cuota acordada previamente.

Si se tiene presente que *“El bien jurídico que se protege...,*

*genéricamente identificable como 'la competencia', puede ser conceptualizado como la puja o disputa entre dos o más personas con relación a una tercera, con respecto a la oferta de una cosa o servicio...*" (confr. Reg. N° 862/98, de esta Sala "B"), se permite concluir que la actitud pasiva que adoptaron las empresas investigadas durante el lapso investigado, evidenciada por la renuencia a explotar la capacidad de producción total instalada al máximo, no es un comportamiento razonable en un mercado competitivo, y constituye una circunstancia que permite inferir la existencia de una práctica concertada.

67º) Que, con relación al denominado "Operativo Patagonia" al cual se hizo mención por el punto c) del considerando 55º de la presente, por el pronunciamiento recurrido se concluyó que por aquel operativo se evidenció el poder económico que LOMA NEGRA C.I.A.S.A., CEMENTO SAN MARTÍN S.A. y CEMENTOS AVELLANEDA S.A. –con la aceptación del resto de las asociadas– tuvieron para obligar a una empresa no asociada (PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.) a ingresar al cartel.

En este sentido, cabe expresar que asiste razón al organismo administrativo sobre el comportamiento indudablemente inusual que desarrollaron tres sociedades distintas (LOMA NEGRA C.I.A. S.A., CEMENTO SAN MARTÍN S.A. y CEMENTOS AVELLANEDA [cabe recordar que LOMA NEGRA C.I.A.S.A. adquirió el paquete accionario de CEMENTOS SAN MARTÍN recién en el año 1992]) entre los años 1987 y 1989, en la región patagónica de la República Argentina.

Este particular comportamiento, respecto del cual las empresas investigadas no brindaron ninguna explicación razonable, no hace más que reforzar la acreditación de la existencia del denominado "Operativo Patagonia", y la existencia misma del cartel, pues no es razonable que las sociedades mencionadas (supuestamente competidoras entre sí) subrepticamente hayan decidido **-a la misma vez-** volcar sus productos en un lugar relativamente distante de sus plantas productoras (lo cual, en el mercado del producto [cemento portland] acarrea importantes costos de traslado que inciden en el precio final de

## *Poder Judicial de la Nación*

aquél), y después hayan decidido nuevamente, de manera subrepticia, **y a la misma vez**, dejar de despachar cemento hacia aquella región del país.

En suma, el denominado “Operativo Patagonia” evidenció no sólo la forma organizada en que el cartel constituido operaba, y el peligro que se generaba a futuro por el fortalecimiento de aquél, sino que también evidenció la existencia misma del cartel, y la finalidad de repartir el mercado que motivó su formación.

68º) Que, con relación a la cuestión examinada, los representantes de LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTOS SAN MARTÍN S.A. manifestaron: “...*El hecho de que Loma Negra y Cemento San Martín hayan hecho una campaña para vender más cemento en la zona patagónica en el período 1988-1989 y que a partir de 1990 hayan decidido dejar de vender en dicha zona **pudo obedecer** exclusivamente a razones comerciales de legítima naturaleza competitiva, relacionadas con una situación coyuntural o con un plan de expansión de mercados, que luego de ser probado durante un tiempo, se consideró inconveniente. **Podría ser**, por ejemplo, que en 1988-1989 Loma Negra y Cemento San Martín tuvieran excedentes de producción no planeados y que se haya decidido colocarlos en un mercado no habitual para dichas empresas. **También podría ser** que, luego de intentar penetrar en el mercado patagónico durante años, se haya llegado a la conclusión de que el mismo resultaba menos rentable de lo pensado por lejanía con sus bocas de producción, y se haya decidido abandonarlo...*” (conf. 5604; la transcripción es copia textual del original; lo subrayado y resaltado es de la presente).

Del pasaje que se acaba de transcribir surge, de manera manifiesta, que se intentó ensayar alguna clase de explicación para tratar de justificar un comportamiento claramente inusual, pues no parece razonable que ni siquiera los representantes de las sociedades mencionadas conozcan los motivos de aquel comportamiento (entre supuestos competidores) tan peculiar y coincidente en el tiempo y el espacio, y se argumente que “...*pudo obedecer exclusivamente a ...o a ...Podría ser...También podría ser...*”.

En suma, la utilización de argumentaciones de manera alternativa sólo resta credibilidad a aquéllas, pues no es lógico que las sociedades mencionadas lleven a cabo una actividad semejante de supuesta expansión comercial, e incurran en los gastos necesarios para ponerla en marcha sin tener un plan de acción concreto, salvo que aquel plan de acción haya tenido por finalidad escarmentar a quien se negaba a ingresar al cartel.

Por los motivos expresados, se permite concluir que el denominado “Operativo Patagonia” efectivamente se llevó a cabo con la intervención de las sociedades mencionadas anteriormente (con la aceptación de las restantes asociadas), y con la finalidad que se expresó por los considerandos anteriores.

Por lo demás, con relación al agravio introducido por los apoderados de JUAN MINETTI S.A. referente a que no existen elementos de prueba que evidencien que la sociedad mencionada habría participado en el “Operativo Patagonia”, o que habría otorgado el consentimiento para que aquél se lleve a cabo, basta mencionar que si bien aquella sociedad no habría participado directamente en el suceso mencionado, en las condiciones en que se efectuaron los acuerdos de cuotas y repartos del mercado no es posible suponer que la empresa mencionada se haya mantenido ajena al “Operativo Patagonia”, pues el éxito que pudieran obtener LOMA NEGRA C.I.A.S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A. al irrumpir en la Patagonia, representaría un beneficio para todos los integrantes del cartel, por el fortalecimiento de éste.

69º) Que, puesta en evidencia la existencia del cartel y la forma agresiva en que éste operaba, por tenerse asimismo presente que la variable que se adoptó para efectuar el reparto del mercado a escala nacional consistió en una cuota (o porcentaje) de la demanda de aquel mercado, para que la finalidad común perseguida pudiera llevarse a cabo según los parámetros acordados por los oferentes del mismo producto (cemento portland) en el mismo mercado geográfico relevante (el territorio nacional), se advierte que **era imperativo que, de alguna forma, todos los integrantes del cartel estuvieran en conocimiento**

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

de las cantidades de cemento portland que cada empresa volcaba, **anualmente, al mercado nacional**. Esto requeriría, asimismo, la cohesión de los miembros del cartel en el intercambio de información relativa a los volúmenes de venta a nivel nacional, para cumplir de esta forma con lo pactado, es decir, **volcar al mercado nacional el producto sólo hasta el porcentaje acordado**, lo cual asimismo permitiría controlar la sujeción a lo pactado por parte de los restantes integrantes del cartel. Esta modalidad operativa es, incluso, reconocida por la doctrina especializada en la materia, al expresar: “...se ha señalado que el comportamiento paralelo debe ir acompañado de indicios de concertación precisos y concordantes **tales como intercambios de información**, reuniones, contactos telefónicos, que puedan corroborar que el paralelismo obedece a un acuerdo...” (confr. Gabriel MARTINEZ MEDRANO, ob. cit. págs. 56/57, con cita de la “Decisión del Consejo de la Concurrencia de Francia del 17/6/1992...”); lo destacado es de la presente).

70º) Que, a los fines mencionados por el considerando anterior se implementó un sistema de intercambio de información por el cual las empresas investigadas informaban mensualmente, y con el paso del tiempo semanalmente, a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, la cantidad de cemento despachado. Esta información era unificada por el personal de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND y después era distribuída a las empresas asociadas para que éstas pudieran apreciar (y controlar) si las cantidades de cemento portland despachadas al mercado por cada una de aquéllas, al cruzarse con las cantidades despachadas por las restantes empresas asociadas, se ajustaban a los porcentajes a los cuales se hizo mención por los puntos **a), b) y d)** del considerando 55º de la presente.

71º) Que, al respecto, por la resolución recurrida se estableció —en cuanto por aquélla se expresó que el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia era parte integrante de la misma—: “...esta CNDC no sostiene que el Sistema Estadístico de la AFCP haya sido creado en sus orígenes



*para funcionar como mecanismo de soporte de un cartel, sino sólo que –tal como lo señala el Libro- dicho Sistema Estadístico **a partir de determinado momento** fue utilizado como un mecanismo de soporte y monitoreo de un acuerdo o concertación de cuotas y participaciones de mercado, realizando en consecuencia las empresas asociadas y la AFCP continuos esfuerzos a lo largo del período investigado para que dicho sistema proporcione información lo más detallada y fidedigna posible sobre los despachos, producción e importaciones individuales de cemento Pórtland a cada asociada...La función primordial del sistema de intercambio de información implementado vía la AFCP es hacer ‘visible’ u ‘observable’ para el resto de los competidores las cantidades que mes a mes cada empresa cementera asociada volcaba al mercado” (confr. fs. 5056/5057; lo destacado es de la presente).*

72º) Que, por las diversas constancias incorporadas a la causa se advierte que el sistema estadístico instrumentado por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND fue evolucionando y perfeccionándose con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticado y completo, lo cual evidencia la finalidad de permitir a los distintos integrantes del cartel contar con la información en forma rápida y confiable.

En efecto, a partir del mes de abril de 1984 se implementó una planilla de cálculo basada en la programación COBOL (antes de aquella fecha el sistema era de tipo manual) que permitía conocer a nivel mensual, por cada fábrica de cada empresa: la producción y la existencia de cemento, los despachos según destinatarios, el despacho según envase utilizado y los despachos por provincias (confr., a modo de ejemplo, fs. 934/941, 945/955, 963/966, 967/977, 986/996, 1106/1116 del Anexo XI). En el año 1988 se emitía una planilla con los despachos por provincias y empresas que eran distribuidas por la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND mediante circulares que se enviaban a las empresas asociadas. Con relación a este aspecto, por el pronunciamiento recurrido se precisó: “...En el año 1991, esta última información se transfiere a un sistema programado en Dbase IV, manteniendo



## *Poder Judicial de la Nación*

su estructura, y el resto de los datos continuó siendo procesado en Cobol, comenzando a recibir parte de la información desde las empresas en forma magnética y en planillas. En el año 1992 se eliminó la división por zonas (Litoral, NOA, Zona Sur, etc.), informando la misma apertura por Localidades y Empresas y un resumen por Provincias y Empresas. En el año 1994 la AFCP encargó a REPORT CONSULTORES, una empresa de sistemas informáticos, la implementación de un sistema computarizado de estadísticas de producción y despacho de cemento portland para perfeccionar el sistema de intercambio de información de la AFCP y las empresas asociadas. En Marzo del año 1995 la AFCP remite a las empresas asociadas el programa para utilizar este nuevo sistema de estadísticas a ser instalado en las PC's de las empresas asociadas, que permitiría a estas últimas actualizar automáticamente la información existente a partir de los datos de estadísticas de producción y despacho que periódicamente por medio de diskette les remitía la AFCP (fs. 841-42, del Anexo XI). A su vez existieron diversas versiones del programa de estadísticas, que la AFCP se encargaba de proporcionar a las empresas asociadas (fs. 901, Anexo XI)...” (confr. fs. 5059/5060).

73º) Que, asimismo, con relación al detalle de la información que se intercambiaba por medio del sistema estadístico bajo examen, por el pronunciamiento recurrido se expresó: “...El Sistema Estadístico de la AFCP presenta información de los despachos de cemento portland de cada empresa con diversas aperturas. A saber: apertura de tipo geográfico (nacional, provincial y localidades), apertura por planta de cada empresa, apertura por tipo de destinatario (sector público, sector privado y exportación), por envase (bolsas y granel) y apertura por medio de transporte (por camión, por ferrocarril, por vía marítima, por vía fluvial y consumo interno). También informa por empresa y por planta de cada empresa la producción y existencias mensuales de cemento portland y de clinker. Estas aperturas se identificaban con determinadas estadísticas o planillas: General (G-2), Despacho Mensual (D-03), Provincias (PC-04) y Localidades (LOC-06). **Todas estas estadísticas**

*o planillas contienen información competitivamente sensible. La periodicidad de las mencionadas planillas era mensual...” (confr. fs. 5061; lo destacado es de la presente); “....Asimismo, el Sistema de Estadística de la AFCP contenía una estadística de Despacho Semanal, como un ítem ultra confidencial... La Planilla “G-02” – “Estadística General”, contiene información sumamente detallada y de valor estratégico competitivo evidente, pues permite individualizar el desempeño de cada empresa cementera en el mercado. En ese sentido presenta: I) producción y existencias de cada planta de cada empresa en cada mes y acumulado en el año, II) despachos de cemento por destinatario (sector público, sector privado y exportación) de cada planta de cada empresa en cada mes y acumulado en el año, III) despachos de cemento según transporte (ferrocarril, camión, vía fluvial, vía marítima y consumo interno) de cada planta de cada empresa en cada mes y acumulado en el año, IV) despachos de cemento según envase utilizado (bolsas y granel) de cada planta de cada empresa en cada mes y acumulado en el año. Esto significa que cada empresa ha conocido la producción y despacho de cemento que sus competidores realizan mensualmente en cada una de las plantas que cada uno de ellos posee...” (confr. fs. 5062; lo destacado es de la presente); y: “...la AFCP confeccionaba un estadístico denominado de “Despacho Provisional”... La información con los despachos provisionales se encontraba contenida en la Planilla “D-03” – Despacho Mensual de Cemento Portland (Cifras Provisionales), también denominada “Despacho Provisional”, “Despacho Anticipado” o “Planilla de Estimados”. Esta estadística –de carácter confidencial- era enviada por la AFCP a través de Circulares a las empresas asociadas y constaba de seis (6) páginas que contenían información altamente detallada y de naturaleza estratégica competitiva evidente, pues permite individualizar mes a mes el desempeño de cada empresa cementera en el mercado. Las seis (6) páginas mencionadas contienen la siguiente información: 1) la primera página incluía un cuadro con los despachos del mes previo al de emisión de la Circular (p. ej. febrero 1995), los del mes inmediato anterior (enero de 1995) y los despachos del mismo mes del año anterior (febrero de*

*Poder Judicial de la Nación*

1994), desagregados por fábrica de cada empresa y a su vez desagregados en mercado interno, mercado externo y totales, **y las participaciones de cada empresa sobre los despachos totales respecto del mes informado** (febrero de 1995); 2) la segunda página incluía un gráfico comparativo de la evolución mensual de los despachos de cemento portland en los que se comparan los despachos mensuales del año 1995 (meses enero-febrero) contra los despachos mensuales de los mismos meses (y subsiguientes) a nivel de despachos totales; 3) la tercer página incluía un cuadro con el porcentaje de variación de los despachos mensuales informados (p. ej. febrero de 1995) contra el mes anterior (enero de 1995) y los del mismo mes del año anterior (febrero de 1994) desagregados al nivel de empresa y dentro de cada empresa, a su vez, por fábrica; 4) la cuarta página incluía un gráfico comparativo con la evolución mensual de los despachos de los últimos cinco años a nivel de despachos totales; 5) **la quinta página incluía un gráfico comparando la proyección de despacho mensual para el año en curso contra el despacho mensual provisorio, apareciendo los desvíos en términos porcentuales (p. ej. enero 1995  $-0.1\%$ , febrero 1995  $+ 0.1\%$ );** y 6) la sexta página incluía diversos cuadros con información de capacidad de producción instalada...porcentaje de utilización y ociosidad...proyección anual...y despachos mensuales de cemento portland en forma mensual para los últimos cinco años, siendo los último cuatro meses cifras provisionales...” (confr. fs. 5067/5068; lo destacado y subrayado son de la presente), concluyéndose: “...La elaboración de un estadístico de despachos provisorios, anticipados, estimados o provisionales (todas denominaciones utilizadas por la AFCP) demuestra que las empresas asociadas necesitaban la información en forma rápida para controlar y ajustarse el acuerdo de cuotas de mercado, pues evidentemente estas cifras se obtienen en forma más rápida que las cifras del despacho definitivo, estadística esta última que se remitía con un rezago de un mes (Despacho Mensual en cifras definitivas) o a lo sumo unos meses en el caso de la Planilla (G-02” (fs. 704, 753-54, 1059-62, 1099-1105 Anexo XI)...La necesidad de implementar un sistema de intercambio de información con las características descriptas precedentemente **sólo es**

*explicable en forma plena por el propósito de las empresas asociadas y de la AFCP de controlar el cumplimiento de un acuerdo o concertación de cuotas de participaciones y cuotas de mercado, y de ajustarse a sus términos...*" (confr. fs. 5069; lo destacado es de la presente).

74º) Que, efectivamente, el grado de detalle de la información intercambiada por las sociedades investigadas, por intermedio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, y mediante el sistema estadístico instrumentado, exime de efectuar mayores apreciaciones con relación a la inexistencia de una puja competitiva entre las sociedades mencionadas, pues no es razonable que entre competidores oferentes de un mismo producto en un mismo mercado geográfico, se brinden recíprocamente información veraz sobre sus acciones en aquel mercado, y sobre sus proyecciones en el mismo, intercambiando información precisa vinculada con el volumen de despachos de cemento portland vendido, la forma en que se efectuaron los despachos y los destinos de aquéllos, las existencias en stock, la capacidad de producción, los porcentajes de utilización y de ociosidad y los despachos estimados o provisionales, entre otros detalles. Toda esta información tiene, indudablemente, carácter privado entre las empresas y sus clientes, cuyos términos no se hacen públicos en un mercado competitivo. Por este motivo, el pronunciamiento recurrido es acertado en cuanto por aquél se concluyó: "*...En una situación de ausencia de concertación, lo normal es que esta información resulte celosamente guardada por la empresa y de ninguna forma develada a sus competidores...*" (confr. fs. 5079).

75º) Que, asimismo, el grado de precisión y de detalle de la información que intercambiaban las sociedades investigadas sólo puede encontrar una explicación en la cohesión de aquéllas para la consecución de un fin común: **respetar el reparto del mercado acordado previamente, mantener la práctica concertada y controlar la sujeción -propia y ajena– a lo pactado.**

Cabe poner de relieve que las sociedades investigadas contaban con

*Poder Judicial de la Nación*

la información relativa a la cantidad de cemento portland volcado al mercado nacional por sus “supuestas” competidoras, lo cual permitía a aquéllas evaluar el cumplimiento de la cuota pactada **y el nivel del desvío en el cumplimiento de lo acordado**. Incluso, tenían información con relación a las existencias en stock de las restantes asociadas y a las proyecciones provisorias de cada una de aquéllas, lo cual no es un dato menor, pues por el examen de los aspectos mencionados en último término se podía advertir si alguna de las empresas asociadas proyectaba apartarse de lo pactado, a fin de que las restantes empresas asociadas pudieran adoptar los recaudos necesarios.

Por lo demás, la existencia del reparto del mercado en cuotas, y la función de control que se ejercía sobre la sujeción a lo pactado mediante el sistema de intercambio de información instrumentado por intermedio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, **se evidencia asimismo por la indicación concreta del porcentaje de desvío que se informaba por las planillas mencionadas anteriormente**, es decir, del desvío de la cuota del mercado acordada a cada empresa pues, advertido el desvío, la sociedad que había volcado al mercado más de lo acordado debía reducir la cantidad del producto que estaba autorizada a despachar, lo cual permitía que la sociedad relegada en el cumplimiento de su cuota incrementara el volumen de sus despachos, hasta alcanzar la cuota que le “correspondía”.

De esta manera, sobre la base de la información que se aportaba a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND se confeccionaba el sistema estadístico, y después las sociedades estaban en condiciones de estimar, en función de lo informado y de lo acumulado durante el año (pues la cuota se pactó sobre una base anual), si estaban excedidos, o no, en el cumplimiento de la cuota y, en su caso, efectuar los ajustes correspondientes.

76º) Que, las partes han invocado que la información que se intercambiaba por intermedio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND era pública, lo cual evidenciaría la transparencia con



la cual se habrían manejado las asociadas. Sin embargo, debe destacarse que la información que se daba a conocer por intermedio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND mediante publicaciones como el Anuario Estadístico, Datos Estadísticos y el Suplemento Estadístico **no desglosaban por empresa la información de producción y despachos, ni se incluían datos a escala provincial ni por localidades**. Esta circunstancia es reconocida expresamente por la apoderada de JUAN MINETTI S.A., quien manifestó: *“...Debe destacarse que es lógico que no toda la información obtenida por la AFCP se incluya en sus publicaciones, ya que si así fuera tendrían muchísima extensión. Esto no quita que si algún tercero u organismo público requiera dicha información la AFCP se la provea...”* (confr. fs. 5531)

No obstante, contrariamente a lo manifestado por las partes, el nivel de confidencialidad que se acordó en el manejo de la información competitivamente sensible quedó en evidencia por la impresión del mail de fecha 30/04/1999 enviado por Enrique ROMERO (Jefe Administrativo de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND) a Fernando PIGNATARO, Marcelo BAMBILL y Mariana ROMERO, obtenido con motivo del allanamiento efectuado a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND. Por el mail mencionado se expresó: *“...en razón de la insistencia de algunos medios y consultoras con respecto a los despachos y proyecciones sobre cemento, les recuerdo que bajo ninguna circunstancia debe efectuarse ningún tipo de comentario que excede lo que tenemos en documentación oficial, tomando como base la Gacetilla Mensual, los trimestrales y el Anuario...”* (confr. fs. 2278 del Anexo XI; el resaltado es de la presente).

Asimismo, las circulares referentes a los despachos mensuales de cemento portland (Planilla “D-03”) tenían carácter confidencial (confr. fs. 2295 y fs. 761, 762, 767, 768/790, 921/927, 2136, 2352/2355 del Anexo XI), al igual que la estadística del despacho por localidades por la cual se informaban las cantidades mensuales y acumuladas de los despachos por localidades y provincias (confr. fs. 794, 796, 797 y 798 del Anexo XI), las actualizaciones del sistema de estadísticas (confr. fs. 894 del Anexo XI), las estadísticas de



*Poder Judicial de la Nación*

despachos por provincia y empresas (conf. fs. 707/709 del Anexo XI), los despachos mensuales de cemento portland, la proyección contra despacho provisional (confr. fs. 751 del Anexo XI), la capacidad de producción instalada, el porcentaje de empleo efectivo y de ociosidad, el despacho mensual y el total (confr. fs. 752 del Anexo XI).

Además, debe agregarse que la confidencialidad mencionada implicaba que no todos los integrantes de las sociedades investigadas tenían acceso a la información mencionada, como se evidencia, respecto de CORCEMAR S.A., por el documento obrante a fs. 710/713 del Anexo I.

77º) Que, por lo expresado por los considerandos anteriores se evidencia el rol fundamental que desempeñó, para la armonía de la práctica concertada que se investigó en las presentes actuaciones, el sistema de intercambio de información competitivamente sensible que se instrumentó por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND pues, como la doctrina especializada en la materia ha reconocido, “...*La fijación de cuotas de despachos en relación con las ventas totales, combinada en algunos casos con esquemas compensatorios destinados a asegurar que las cuotas serán respetadas, significa que los miembros del grupo abandonaron toda posibilidad de obtener una ventaja sobre sus competidores mediante la aplicación de una política de ventas individual...*” (confr. Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, “*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*”, Tomo I, Editorial Heliasta, pág. 537; el resaltado es de la presentee).

78º) Que, asimismo, para que la práctica concertada pudiera operar armoniosamente, era imprescindible que la información fuera brindada puntualmente por las asociadas, pues el retraso en la remisión de la información afectaba los cálculos provisorios y las proyecciones sobre el cumplimiento de lo pactado, como así también el control sobre las restantes asociadas y, en suma, sobre el mantenimiento de la práctica concertada.

En consecuencia, como la información que se brindaba a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND sobre el volumen de cemento portland despachado por las empresas asociadas **era esencial para el funcionamiento de la práctica concertada y para el control sobre lo acordado**, la demora en la remisión de aquella información no sólo tenía entidad para generar perjuicios a las empresas que cumplían con la remisión de la información en término, sino que podía hacer peligrar la “armonía” con la cual las empresas cartelizadas operaban concertadamente en el mercado.

79º) Que, en las presentes actuaciones ha quedado debidamente acreditado que cuando se incurría en una demora en la remisión de la información se producían reclamos por parte de las asociadas que brindaban la información en término (confr. fs. 405 y 2278/79 del Anexo XI), como así también que la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND requería a la sociedad renuente que, **a la brevedad**, se envíe la información pendiente.

En efecto, por la nota dirigida por Enrique ROMERO (de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND) a dos personas de LOMA NEGRA, se manifestó: “...*Deseamos expresarles nuestro agradecimiento por la regularización en el envío de vuestra información estadística de producción y despacho....La única situación que persiste con un importantísimo atraso, es la estadística por localidades...Este atraso nos representa reclamos del resto de las Empresas...*” (confr. fs. 405 del Anexo XI; lo destacado es de la presente). Asimismo, por la Circular N° 48/95 de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND (de fecha 21/04/1995) dirigida al “Señor Asociado...”, se expresó: “...*Recordamos a Ud., que la falta de envío regular de la información estadística **retrasa todo el sistema**...Reiteramos, como ya hiciéramos en diversas oportunidades, que la regularidad razonable en el envío de la información estadística es sumamente necesario, caso contrario ésta pierde significativamente su valor...*” (confr. fs. 916/917 del Anexo XI; lo destacado es de la presente); y por el fax agregado a

## *Poder Judicial de la Nación*

fs. 3285 del Anexo XI, remitido a MINETTI S.A., se manifestó: “*Me dirijo a Ud. a efectos de solicitarle, tenga a bien disponer se proceda a la regularización del envío de información de datos estadísticos de vuestra empresa, necesarios para la emisión de estadísticas que edita esta Asociación. Lamentablemente, la acumulación de atrasos representa que **la herramienta que pretendemos enviar a nuestros asociados...sean emitidas a destiempo y pierdan actualidad...***” (lo destacado es de la presente).

80º) Que, asimismo, para que el sistema de reparto de mercado que se pactó pudiera funcionar con celeridad y eficacia, resultaba necesario controlar el volumen del cemento ingresado al mercado por cada empresa. Si bien aquel control se hacía confiando en la información aportada por cada empresa asociada, ha quedado debidamente acreditado que las empresas asociadas, por medio de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, encomendaron a terceras personas ajenas al entorno de la concertación de cuotas, la realización de auditorías de despacho y facturación.

81º) Que, en efecto, por el informe de la auditoría practicada por PRICE WATERHOUSE & CO, de fecha 30/06/1984 (secuestrado en ocasión de llevarse a cabo el allanamiento del cual se da cuenta por el acta de fs. 575/576), se manifestó: “*...Nuestra revisión, **que no fue un examen practicado de acuerdo con normas de auditoria generalmente aceptadas, ha sido efectuada con el propósito de asistir a... en la evaluación de la razonabilidad de los despachos declarados por las compañías asociadas incluidas en esta revisión*** [CORPORACIÓN CEMENTERA ARGENTINA S.A., COMPAÑIA ARGENTINA DE CEMENTO PORTLAND, JUAN MINETTI S.A., LOMA NEGRA C.I.A.S.A., CALERA AVELLANEDA S.A. y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.]. *Como resultado de nuestra tarea nos hemos satisfecho que los despachos de cemento portland (en toneladas) efectuadas en la República Argentina durante el tercer trimestre de 1983,.... están razonablemente expuestos en la Planilla I adjunta...*” (confr. fs. 190 del Anexo

XI reservado por Secretaría; la transcripción es copia textual del original; lo destacado es de la presente).

Por la explicación de los procedimientos de auditoría aplicados para la producción del informe mencionado se manifestó que se realizó: “...1. *Comprobación global, de los despachos mensuales informados ... a partir del monto de ventas registrados en los respectivos libros rubricados y los precios vigentes en los períodos analizados.* 2. *Verificación de la localidad a la cual pertenece el destinatario de los despachos...* 3. *Se han controlado los cálculos aritméticos de la información contable revisada. Respecto de los **informes de ventas diarios y/o mensuales hemos controlado que las facturas hayan sido registradas...Asimismo, hemos cotejado la cantidad de cemento despachado, su destinatario y la localidad de destino con la correspondiente factura, remito y cargo en la cuenta corriente del cliente.*** 4. *Se han conciliado las toneladas de cemento despachadas según los resúmenes de despacho por localidad, con la información declarada por las compañías asociadas al Instituto. **Para los casos de modificaciones a las cantidades declaradas, hemos revisado la documentación respaldatoria de tales cambios y la correspondencia cursada al Instituto...***” (confr. fs. 191 del Anexo XI reservado por Secretaría; lo destacado es de la presente).

El contenido del informe mencionado fue ratificado por Rosendo GAYOL al prestar declaración testifical (confr. fs. 689/692).

**82°)** Que, asimismo, ha quedado acreditado que, para la realización de la auditoría que se llevó a cabo durante el año 1991, la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND solicitó un presupuesto de costos a distintas empresas especializadas en la materia, entre las cuales se encontraron PRICE WATERHOUSE & CO, DELOITTE, HASKINS & SELLS, LISDERO Y ASOCIADOS, y HENRY MARTIN, VAZQUEZ, REIG & ASOCIADOS (confr. fs. 107, 110/120, 123/127, 131/141, 158/161 y 188/189 del Anexo XI reservado por Secretaría), y que la realización de la auditoría mencionada fue adjudicada a DELOITTE, HASKINS & SELLS (confr. fs. 101 del Anexo XI

## *Poder Judicial de la Nación*

reservado por Secretaría), la cual presentó el informe a principios del año 1991 (confr. fs. 27/28 y 44/48 del Anexo XI reservado por Secretaría).

Por el informe en cuestión se manifestó: “...*En función de la tarea realizada, y a excepción hecha de diferencias no significativas no aclaradas, no tenemos observaciones que formular sobre los despachos mensuales informados a la Asociación por sus empresas integrantes...*” (confr. fs. 45 del Anexo XI).

83º) Que, con relación a lo argumentado por CEMENTOS AVELLANEDA S.A., en lo atinente a que no existe ningún dato ni prueba en sustento de la existencia de la auditoría del año 1981, cabe expresar que a fs. 185/186 del Anexo XI está el cronograma de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND sobre la auditoría del año 1990. Tanto por aquel cronograma, como por las constancias glosadas a fs. 188/189 del anexo mencionado, se hace referencia a las dos auditorías anteriores, esto es, a la auditoría del año 1981 y a la del año 1983.

En efecto, en el cronograma obrante a fs. 185 del Anexo XI se observa la mención: “...06/09-11-90, *se recaban antecedentes de trabajos similares realizados por PRICE, WATERHOUSE & Co., obteniendo informes de los años 1981 y 1983...*”. Por aquel cronograma se documentó la “REUNION DE GERENTES DE AUDITORÍA Y ADMINISTRACIÓN DEL DÍA 12-11-90”. En el desarrollo de los temas tratados, se consignó: “...Fijar pautas y procedimientos para la realización de una Auditoría de despachos, en las Empresas Asociadas: *En primer término, se toma conocimiento de informes de los años 1981 y 1983...*” (confr. fs. 188 del Anexo XI; lo subrayado es del texto original; lo destacado es de la presente); por este motivo, corresponde rechazar el agravio examinado y, asimismo, se permite concluir que si para el año 1981 ya se había realizado una auditoría, en los mismos términos en que se estaba solicitando una nueva, es razonable concluir que para ese año 1981 el cartel ya se encontraba operando.

84º) Que, si bien las partes han argumentado que la finalidad de las



auditorías era verificar la veracidad de los despachos denunciados, pues sobre estos volúmenes los asociados abonaban las cuotas a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND –lo cual implica, en los hechos, reconocer la existencia de las auditorías– esta argumentación debe ser descartada, ni bien se advierte el grado de detalle que se exigió a las auditorías, el cual excede ampliamente la simple constatación de los volúmenes de venta.

85°) Que, asimismo, si bien se invocó que para que un cartel “...sea ‘exitoso’ el supuesto cartel **debe necesariamente** especificar penalidades que deben ser por un lado suficientemente fuertes para eliminar los incentivos a desviarse del acuerdo...” (confr. fs. 5595; lo destacado es de la presente), debe tenerse presente que la ausencia de una penalidad por incumplimiento de lo pactado no es un elemento por el cual se impida concluir en la existencia de un supuesto de cartelización. Por el contrario, si las partes se ajustan siempre a lo acordado, no hay razón para crear una penalidad, a lo cual debe agregarse que el alto porcentaje de capacidad de producción ociosa que tenían las sociedades investigadas operaba como una amenaza latente para cualquier apartamiento de lo pactado, tornando innecesaria la existencia de penalidades cuya imposición, vale la pena reiterar, no podría ser reclamada ante los tribunales de justicia.

Por lo demás, la existencia del denominado “Operativo Patagonia”, al cual se hizo mención por los considerandos anteriores, es una prueba concreta de la sanción de hecho impuesta por el cartel a quien –hasta aquel momento (1987-1989)– era reacio a ingresar a aquél, y evidencia también la potencia disuasiva con que contaban las empresas cartelizadas al poseer una capacidad de producción ociosa a la cual podían recurrir para corregir los desvíos de lo acordado, o para someter a quien pretendiera mantenerse ajeno a la cartelización.

86°) Que, con relación a los episodios de colusión de precios, sólo cabe expresar que por el informe de auditoría producido a fs. 1705/1750 se constató que en las localidades de Santa Fé, Rosario y Córdoba, los precios de las operaciones de venta de cemento portland efectuadas por JUAN MINETTI



*Poder Judicial de la Nación*

S.A., CORCEMAR S.A., LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTOS SAN MARTÍN. S.A., fueron coincidentes con los valores indicados por los documentos aportados a fs. 176, 177, 187, 189, 196 y 202 por el periodista que declaró a fs. 267/273, por los cuales se da cuenta del acuerdo de precios y del importe al cual se vendería el cemento portland en aquellas ciudades.

87º) Que, por el cuestionamiento que efectúan las partes con relación al resultado del informe mencionado por el considerando anterior, solicitando además que se lleve a cabo un estudio pericial sobre la documentación de las empresas investigadas, no se controvierte la circunstancia relativa a que el informe al cual se hizo mención fue elaborado **sobre la base de la documentación aportada por las mismas sociedades investigadas**. En efecto, por el informe de auditoría en cuestión se precisó: “...se solicitó a cada una de las empresas denunciadas, la documentación contable y/o extracontable necesaria para llevar a cabo la misma...En virtud de que las empresas denunciadas nombraron asesores para asistir la tarea de auditoría, **la misma se practicó ante la presencia de dichos profesionales. Las distintas documentaciones solicitadas para llevar a cabo la tarea contable, fueron puestas a disposición por los mismos...**” (confr. fs. 1705; lo destacado es de la presente); por esta razón, no se advierte la pertinencia, o la necesidad, de disponer la realización de un nuevo peritaje para que se analice otra vez más la misma documentación.

Por lo demás, la circunstancia que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia haya rechazado el informe del auditor externo de CEMENTOS AVELLANEDA S.A., en vista de la discordancia que existía entre aquel informe y la información aportada por la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, no constituye una violación al derecho de defensa en juicio de CEMENTOS AVELLANEDA S.A., sino el resultado de la entidad convictiva que se otorga a los distintos elementos de prueba.

**88°)** Que, con relación al agravio vinculado con que resulta llamativo para CEMENTO AVELLANEDA S.A. que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no haga mención al hecho que la información que manejaba la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND era *“...atrasada sobre el cemento producido y vendido en nuestro país que refleja simplemente el crecimiento o decaimiento de la industria. Se trata de datos utilizados con fines estadísticos **que no permiten para nada conocer los precios del competidor ni la estrategia comercial de cada empresa...**”* (confr. fs. 5643 vta.), y con independencia de lo establecido por los considerandos anteriores, debe recordarse que la conducta principal que se imputó a las empresas investigadas no fue la existencia de un acuerdo estricto de precios a nivel nacional, sino una concertación de cuotas a nivel nacional del mercado del cemento portland. Por esta circunstancia, la información que remitían las empresas imputadas a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND era, lógicamente, información atrasada, por la cual se informaba el volumen de ventas a nivel nacional para que las restantes empresas pudieran conocer si por el volumen de ventas de cada una de aquéllas se respetaba el acuerdo de cuotas pactado. Por lo demás, la argumentación bajo examen parece desconocer la circunstancia que, asimismo, la información que se aportaba a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND incluía, como se expresó por los considerandos **73°** y **74°** de la presente, gráficos con proyecciones de despachos para el año en curso, lo cual permite concluir que no toda la información que se intercambiaba era “atrasada”.

**89°)** Que, asimismo, si se tiene en cuenta cómo se cuantificó la multa que se impuso a las sociedades investigadas, lo cual será examinado más adelante, se advierte que al momento de graduarse las sanciones se han valorado exclusivamente las conductas relacionadas con el supuesto de concertación de cuotas y de participaciones de mercado, **lo cual permite concluir que en la graduación de la sanción recurrida no se tuvo en cuenta el accionar evidenciado en el denominado “Operativo Patagonia”, ni el supuesto de**

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

**colusión de precios examinado;** por este motivo, las recurrentes carecen a este tenor de un agravio concreto con relación a las cuestiones anteriormente mencionadas, máxime cuando este Tribunal no podría revertir aquella omisión sin afectar la garantía de la defensa en juicio de las empresas investigadas. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: *“...la agravación de la penalidad impuesta, habiendo mediado sólo recursos tendientes a obtener que ella fuese revocada..., constituye la ‘reformatio in pejus’ que implica un exceso de jurisdicción de la alzada en desmedro del derecho constitucional de defensa, porque dicho alcance del fallo se vincula, no con su acierto, sino con el agravio del recurrente, no siendo racional la alternativa de consentir la sentencia condenatoria o exponerse al aumento de la penalidad (Fallos: 248:125; 254:353; 274:283; 284:459, entre otros)...”* (confr. Fallos 298:432).

**90º)** Que, asimismo, las partes invocaron que durante el período investigado se produjo un incremento en el volumen de sus ventas, lo cual no sería posible de verificarse en un mercado no competitivo. Sin embargo, por la circunstancia que las empresas hayan incrementado el volumen de ventas no se evidencia en este caso la ausencia de una conducta anticompetitiva, pues el volumen de ventas se habría incrementado proporcionalmente al crecimiento de la demanda del cemento portland, **pero siempre dentro de la cuota concertada para cada empresa.** De esta forma, y manteniéndose la cuota, es lógico que el volumen de ventas ascienda o descienda en la proporción y en la medida en que asciende o desciende la demanda de cemento portland a nivel nacional.

**91º)** Que, con relación al período comprendido entre los años 1983 y 1988, en los que habría existido un control de precios por parte del gobierno nacional que se instrumentó por medio de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía de la Nación, debe establecerse que por la imposición de precios máximos no se impide la libre competencia entre los distintos oferentes de un mismo producto dentro de un mismo mercado relevante, pues

aquéllos pueden ofrecer sus productos a un precio inferior al establecido como tope. Por lo demás, debe tenerse presente que, por la imposición de aquellos precios máximos, en los hechos, sólo se habría impedido (como se examinará más adelante) que el perjuicio al interés económico general sea aún mayor que aquél que efectivamente se verificó.

92º) Que, por último, con relación a las reuniones fuera del ámbito de la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, por el pronunciamiento recurrido se consideraron acreditadas las reuniones celebradas en el Hotel Panorama, de la provincia de Córdoba, los días 21 de diciembre de 1995 y 27 de febrero de 1996, y se destacó que las reuniones de los días 22 de mayo de 1997 y 12 de junio de 1997 “...si bien no han podido ser plenamente acreditadas, resultan verosímiles...”.

Con relación a las reuniones de los días 21 de diciembre de 1995 y 27 de febrero de 1996, cabe expresar que las argumentaciones introducidas por las partes tendientes a desconocer las reuniones mencionadas no pueden tener una recepción favorable, pues por aquéllas no se logra controvertir la circunstancia que las empresas investigadas habrían coincidido al incurrir en gastos de traslados y/o de alojamiento de distintos ejecutivos de aquéllas, con destino a las ciudades mencionadas y en las fechas citadas.

93º) Que, en suma, en función de lo expresado anteriormente, y por el examen de las constancias incorporadas al expediente y los descargos que efectuaron los representantes de las empresas investigadas, se concluye que el pronunciamiento recurrido es acertado cuando por aquél se estableció: “...En concreto, las partes imputadas no han podido 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

*Poder Judicial de la Nación*

*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 ítems 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..." (confr. fs. 5211).*

94º) Que, por lo tanto, con relación a las conductas analizadas por los considerandos 61º a 66º de la presente, queda acreditado por lo menos uno de los resultados típicos que se mencionaron por el considerando 51º de la presente, cuya alternatividad implica que sólo es necesario que se advierta uno de los supuestos para la constitución del hecho ilícito (confr. Guillermo NAVARRO, "*Delitos de deslealtad en el Comercio y la Industria*", Ed. Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, -no se consignó el año de publicación-, pág. 228); en este caso, el de la "restricción de la competencia" (confr. b.2. del considerando 51º).

95º) Que, en el "*sub examine*", al haberse acreditado que las conductas mencionadas son, inequívocamente, una de las mencionadas por el considerando 51º apartado a) de la presente (comportamientos vinculados con la producción y el intercambio de bienes y servicios), y que se produjo el

resultado típico contemplado en el apartado **b)** de aquel considerando (cuanto menos restricción de la competencia), corresponde verificar si el comportamiento descripto precedentemente tuvo entidad para causar la posibilidad de perjuicio al interés económico general.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que mediante el artículo 1° de la ley N° 22.262 se sancionan conductas por las cuales pueda resultar perjuicio para el interés económico general, **es decir que no se requiere, necesariamente, que aquel gravamen exista, sino solamente que el proceder tenga aptitud para provocarlo** (Fallos: 316:2561).

Asimismo, por la exposición de motivos de la ley N° 22.262 se expresó: “...*El artículo requiere que las conductas consideradas sean de naturaleza económica y que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso en particular y no a la mera posibilidad lógica y abstracta de la lesión; y con la afectación del interés económico general se deja en claro que es él el que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado...*” (lo destacado es de la presente)

**96°)** Que, a los fines de precisar qué se entiende por “*interés económico general*”, corresponde establecer que los elementos que lo constituyen son numerosos y tienen un valor sustitutivo el uno del otro, según surge de la aplicación del art. 1° de la ley N° 22.262. Si existiera algún elemento de los que hacen al interés económico general que tuviera una trascendencia o un valor significativamente mayor que los demás, podría utilizárselo para reemplazar el concepto notablemente amplio y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico incluido en el art. 1° “*in fine*”, de la ley N° 22.262 (confr. Guillermo CABANELLAS -h-, “*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*”, Heliasta S.R.L., Bs. As., 1983, p. 178, 211-213; Arquímedes SOLDANO y Walter LANOSA, “*El interés económico general en la ley de defensa de la competencia*”, La Ley, LVII, N° 248, págs. 1/2; 1993).



## *Poder Judicial de la Nación*

Por lo tanto, para determinar los límites y los alcances del concepto “*interés económico general*”, el juzgador tiene amplias facultades de interpretación y valoración.

En efecto, con relación a la pretendida amplitud de la expresión “*interés económico general*”, la aplicación de una disposición legal a un caso concreto no constituye una labor mecánica y automática; por el contrario, presupone un paso previo consistente en la interpretación, cuyo carácter inexorable deriva, tanto de la misma imprecisión de las palabras, como de la natural imposibilidad de establecer regulaciones y de proporcionar soluciones preestablecidas mediante reglas abstractas, para todos y cada uno de los casos concretos que se pudieran presentar en el futuro (confr. Julio B. J. MAIER, “*Derecho Procesal Penal*”, T. I., Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 1996, 2a. edición, págs. 198 y ss.).

Por lo demás, es útil poner de relieve que “...no hay un solo caso resuelto en el cual no sea necesaria la construcción y acoplamiento sistemático de preceptos diferentes...” (confr. Sebastián SOLER, “*La interpretación de la ley*”, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, XVII, págs. 162 y 163, cit. por MAIER en la obra y en el tomo mencionados por la presente, pág. 201).

Desde el punto de vista económico, parece más sencillo encontrar una definición del concepto “*interés económico general*”.

En este sentido, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estableció, por una primera línea interpretativa, la identidad entre el interés económico general y la libre competencia (confr. dictámenes en autos “IFRISA C/YPF y ESCAL S.A.”; “Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres y afines de Villa María-Córdoba c. Cooperativas de Electricidad de Almafuerte y otras”; “Poliequipos CIIMS S.A. c. Igarreta S.A.”; todos por infracción a la ley 22.262; entre otros. Asimismo, la C.N.A.P.E., ex Sala III, en la causa “Gorino, Luis y Asociados S.A. s/ inf. ley 22.262”, sentencia del 2/8/92).

Por una segunda línea, el organismo administrativo dictaminó que

el “*interés económico general*” es equivalente a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada (confr. dictamen en autos “Fiscalía Nacional de Investigación Administrativa s/Denuncia c. Great Lakes Carbon Corporation y otra s/ley 22.262”; entre otros).

En el caso “*sub examine*”, esta última línea de opinión constituye un criterio útil para precisar el concepto de “*interés económico general*”, por medio de la utilización del concepto de “*excedente del consumidor*”.

La idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y los servicios consumidos por una persona pueden valorarse por medio de las funciones de demanda de aquellos bienes y servicios. Estas funciones de demanda son relaciones que se establecen entre las cantidades que el consumidor demanda y los precios que enfrenta en el mercado, pero sirven, también, para medir hasta cuánto el consumidor estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor lleva y puede interpretarse como el beneficio que aquél obtiene por haber adquirido el bien en cuestión.

El excedente del consumidor, que tiene la ventaja de ser un concepto que se define en términos monetarios, debe ser calculado en un mercado por medio de la suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un mercado determinado.

En consecuencia, el excedente del consumidor es útil para representar la parte del beneficio social que obtienen los consumidores en un mercado.

Por lo tanto, si por una ley se penalizan los desvíos del paradigma competitivo que fuesen perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el del excedente del consumidor es un buen punto de partida para la interpretación de la norma.

En este sentido, el concepto de “*interés económico general*” debe ser entendido como el interés de la comunidad, y no el de determinados agentes

## *Poder Judicial de la Nación*

económicos. Esto resulta así pues la expresión legal “*de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*” se refiere a las expectativas o a los derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas, que son las que constituyen el sector de los consumidores.

97º) Que, en el “*sub lite*”, se verifica el posible perjuicio al interés económico general en cualquiera de las dos acepciones precedentemente mencionadas.

En efecto, si se tiene en cuenta lo expresado por el considerando 95º de la presente, en cuanto a que resulta suficiente que la conducta pueda afectar potencialmente al interés económico general, como así también que “*...La definición de que la conducta investigada es un acuerdo es importante en una fase preventiva, es decir antes de ser implementado en el mercado ya que el acuerdo, inclusive tácito, cuando es llevado a la práctica se transforma en una práctica concertada...*” (confr. Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO, ob. cit., pág. 56; lo destacado es de la presente), no caben dudas que con la celebración de los acuerdos de concertación de cuotas se colocó en una situación de peligro concreto a la libre y plena concurrencia al mercado de los oferentes de aquél y, en consecuencia, al normal funcionamiento del mercado.

98º) Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, mediante el art. 1º de la ley N° 22.262 se sancionan conductas de las que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, es decir que no se requiere, necesariamente, que aquel gravamen exista, sino que el proceder tenga aptitud para provocarlo (Fallos 316:2561).

En efecto, “*...la legislación orientada a defender la competencia...persigue preservar a los distintos mercados como a verdaderos bienes de carácter público y resguardarlos, además, de su posible afectación por cualquiera de sus agentes, de modo de garantizar a la comunidad los*

***beneficios que pueda traer aparejados la puja competitiva (confr. art. 42 de la Constitución Nacional, en el texto reformado en 1994)...” (Fallos 324:3381; lo destacado y subrayado son de la presente)***

En el caso “*sub examine*”, los acuerdos de concertación de cuotas del mercado a nivel nacional del cemento portland tuvieron entidad (por lo menos, hasta el momento anterior en que se llevaron a la práctica) para vulnerar aquel bien jurídico.

En efecto, mediante la celebración de los acuerdos de concertaciones de cuotas verificados se impuso una restricción a la competencia, conviniéndose impedir el adecuado funcionamiento y la aplicación de las leyes del mercado, al limitarse la porción del mercado hasta la cual podían confluir los oferentes de aquél, con la posibilidad concreta y razonable de neutralizar la obtención de beneficios –para la comunidad– derivados de la puja competitiva (artículo 42 de la Constitución Nacional). Por esta circunstancias, estas conductas no pueden hallar justificación en el interés económico general.

En efecto, en este marco, resultaba nítida la posibilidad de perjuicio al interés económico general que se exige por el artículo 1º de la ley N° 22.262. Aunque con una visión sólo superficial pudiera parecer poco clara, esta posibilidad de perjuicio es el peligro concreto que se exige por la norma, de conformidad con la recordada decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual no se requiere, necesariamente, que el perjuicio al interés económico general exista, sino que el proceder examinado sólo tenga aptitud para provocarlo; este elemento se verificó en el “*sub lite*”.

99º) Que, acreditada la restricción a la competencia por parte de las empresas investigadas en autos mediante la celebración de convenios de concertación de cuotas del mercado del cemento portland a nivel país, y también el posible perjuicio al interés económico general, resta determinar si aquel posible perjuicio sería una consecuencia de las concertaciones de cuotas y el reparto del mercado acordados por las sociedades investigadas.

## *Poder Judicial de la Nación*

En efecto, para que se tipifique el hecho ilícito en los términos del artículo 1° de la ley N° 22.262, además del cumplimiento de los recaudos mencionados por el considerando 51° de la presente (de conformidad con lo expresado por los considerandos anteriores) se debe advertir la relación de causalidad entre la restricción a la competencia y la posibilidad de perjuicio para el interés económico general.

Mediante un examen de las constancias reunidas en el legajo principal, y por lo expresado por las consideraciones efectuadas precedentemente, se concluye que las conductas investigadas tuvieron entidad para producir el resultado típico mencionado por el considerando 51°, apartado b) 2 de la presente, es decir, una restricción de la competencia con posible afectación al interés económico general; por lo tanto, aquella actividad se adecua al tipo previsto por el art. 1° de la ley N° 22.262.

**100°)** Que, sin perjuicio de lo expresado por los considerandos anteriores, se debe tener presente que la sanción de cualquier ley tiene, como fin último, la protección del bienestar de la comunidad (confr. el propósito de los constituyentes según el Preámbulo de la Constitución Nacional: “...*promover el bienestar general*...”).

En este sentido, mediante la antigua ley antimonopolio, la ley N° 25.516 de Defensa de la Competencia, las leyes extranjeras que fueron una importante fuente normativa para nuestra legislación en esta materia, así como la ley aplicable a estos hechos (ley N° 22.262), sobre la base de las distintas experiencias se sancionaron, según el caso, una posición de dominio de mercado, un abuso, una restricción, una limitación, o una distorsión de aquél; o la posesión de una determinada estructura.

No obstante los diversos criterios inspiradores de las distintas leyes antimonopolio y de defensa de la competencia a las cuales se hizo referencia, todas tiene una característica en común: no son un fin en sí mismas. Constituyen un medio que, al evitar un perjuicio a los agentes de la economía que suministran

productos o servicios a la comunidad, tienen como fin superior evitar el perjuicio de la comunidad.

En definitiva, las leyes de defensa de la competencia no pueden ser ajenas al principio mencionado al comienzo de este considerando; de lo contrario, las leyes serían un fin en sí mismas y no medios para lograr el bienestar general de la sociedad. No puede suponerse que mediante la ley N° 22.262 pueda tutelarse la libre competencia de determinados agentes económicos como si aquella fuese un valor superior, distinto e independiente del interés económico general; como tampoco cabe admitir que por aquella ley de defensa de la competencia se privilegie la libre competencia de aquellos agentes económicos y los intereses de éstos, en desmedro y con perjuicio del interés económico general.

La ley aplicable a este caso es uno de los medios para proteger el bienestar de la sociedad. Esta tutela se materializa sancionando la posibilidad de un perjuicio al “*interés económico general*”, entre otros elementos. En el “*sub lite*”, aquella protección tiene expresión concreta en la utilidad que la comunidad recibe de la conducta que se investiga.

En el caso “*sub examine*” existió una restricción a la competencia por parte de las empresas investigadas, impidiéndose el adecuado funcionamiento y la aplicación de las leyes de la oferta y de la demanda.

En consecuencia, por haberse acreditado que los repartos de mercado acordados por las empresas investigadas no quedaron en una fase preventiva, sino que se llevó a cabo una práctica concertada, cabe concluir que hubo una afectación concreta al interés económico general, que excedería la simple puesta en peligro que se exige por el artículo 1° de la ley N° 22.262.

**Los señores jueces de cámara doctores Carlos Alberto PIZZATELLI y Marcos Arnoldo GRABIVKER agregaron:**

**101°)** Que, seguidamente, cabe examinar si las medidas dispuestas por la resolución recurrida se ajustan a derecho.



## *Poder Judicial de la Nación*

En general, la imposición del cese de la conducta reprochable (según el art. 1° de la resolución apelada) no sólo es razonable, sino que también es necesaria a fin de evitar la permanencia y la reiteración del proceder ilegal en el futuro. Lo dispuesto se funda en el art. 26 inciso b) del ordenamiento aplicable.

Asimismo, las medidas que se dispusieron adoptar por el artículo 2° de la resolución recurrida no constituyen una sanción no prevista por el artículo 26 de la ley N° 22.262. Por el contrario, son instrumentos efectivos y eficaces para garantizar el cumplimiento del cese ordenado por el artículo 1° de la resolución mencionada, y para que aquel cese sea operativo y concreto. Lo dispuesto se sustenta, correctamente, en el citado artículo 26, a punto tal que por el incumplimiento de lo decidido la misma autoridad administrativa podrá aplicar una multa diaria, según se establece por el artículo 28 del mismo ordenamiento.

102°) Que, específicamente, como parte de aquellas medidas, se dispuso que la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND “...en caso de continuar a cargo de la recolección y procesamiento de la información individual sobre la producción, y/o importaciones, y/o despachos de cemento portland de cada una de las empresas asociadas, tome los recaudos y medidas de seguridad necesarios para que la información individual de cada empresa sólo resulte accesible para el personal de la citada Administración encargado del manejo del Sistema Estadístico, quien deberá guardar estricta confidencialidad sobre la misma...” (artículo 2°), y se ordenó a la asociación mencionada “...que en el término de SESENTA (60) días a partir de la notificación de la presente medida, adecúe el diseño y el funcionamiento del Sistema Estadístico de manera de cumplimentar con lo en ella estipulado...” (artículo 3°).

Como se estableció por el considerando anterior, esas medidas fueron dictadas por la autoridad de aplicación para hacer cesar la cartelización en la cual incurrieron las empresas investigadas e impedir que se continúe con la práctica concertada de asignación de cuotas y reparto del mercado. No

constituyen una sanción en sí mismas (a punto tal que, se repite, la misma autoridad de aplicación puede sancionar el incumplimiento mediante una multa diaria, confr. el art. 28 de la ley N° 22.262), sino la manera concreta y efectiva de que, mediante el cese, finalice la conducta reprochable. Con el cese de las conductas investigadas, la restricción de la competencia tenderá a repararse, podrá desarrollarse de manera verdaderamente libre y la afectación al interés general dejará de producirse.

Por el intercambio de información competitivamente sensible en que incurrieron las sociedades investigadas, mediante la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, se permitió la coordinación de aquéllas para alcanzar una finalidad en común: llevar a la práctica la asignación de cuotas y el reparto del mercado acordado previamente, y controlar el acatamiento -propio y ajeno- a lo pactado. En consecuencia, la práctica restrictiva de la competencia en que incurrieron las sociedades investigadas sólo puede ser corregida mediante la exigencia a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND que adopte los recaudos para que la información que concentra sea accesible sólo para el personal de aquélla, quien deberá guardar estricta confidencialidad, y adecue el diseño y el funcionamiento del sistema estadístico mencionado anteriormente a las exigencias legales correspondientes.

El sustento normativo de lo dispuesto surge con nitidez del artículo 26 inciso b), de la ley N° 22.262. La autoridad administrativa actuó dentro del marco de las atribuciones que se otorgan por aquella norma, con la finalidad de hacer cumplir la ley. No se vulneró disposición constitucional alguna, pues ninguno de los derechos y garantías constitucionales que se pretenden involucrar (de comercio e industria, de contratar, de formar parte de la libertad económica) son absolutos, debido a que aquéllos se ejercen con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 de la Constitución Nacional). En efecto, en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido (también desde antiguo y de manera pacífica) que por la Constitución Nacional no se imponen derechos absolutos (Fallos 304:319, 312:318; entre otros), ni aquéllos tienen, en

## *Poder Judicial de la Nación*

sí, aquel carácter (Fallos 304:1293). Es más, según el más Alto Tribunal, la admisión de un derecho ilimitado significaría “una concepción antisocial”, aunque el Congreso no hubiese dictado todavía la norma reglamentaria de aquel derecho (Fallos 254:56; confr. las citas de Néstor SAGÜES, en “*Elementos de derecho constitucional*”, T. II, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 398).

Tampoco se transgredieron disposiciones de derecho privado. De todos modos, obviamente, estas últimas resultan desplazadas por la normativa rectora de la conducta juzgada (la ley N° 22.262), que es de derecho público y de naturaleza penal. Por el contrario, en el “*sub examine*” sólo puede confirmarse lo resuelto por el organismo estatal porque éste actuó conforme a derecho, con sustento en las normas específicas del ordenamiento aplicable.

103º) Que, con relación a las multas impuestas, por el inciso c) del artículo 26 de la ley N° 22.262 se prevé, como sanción, la aplicación de una multa, “...*que podrá elevarse hasta un veinte por ciento (20 %) por encima del beneficio ilícitamente obtenido...*”.

La autoridad administrativa efectuó un cálculo a los fines de determinar el beneficio ilícitamente obtenido que resultó de multiplicar el volumen total comercializado en el mercado relevante por cada una de las empresas incurso en la cartelización investigada (LOMA NEGRA.C.I.A.S.A.: 43.690.146 toneladas; JUAN MINETTI S.A.: 31.550.236 toneladas; CEMENTOS AVELLANEDA S.A.: 10.927.674 toneladas; PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.: 3.314.549 toneladas; y CEMENTO SAN MARTÍN S.A.: 8.994.735 toneladas) por el precio actual promedio de ventas de cemento a granel y embolsado, ponderado por el volumen vendido en cada una de dichas modalidades (\$ 264,59 por tonelada).

El cálculo mencionado permitió obtener como valor comercializado por la totalidad de las empresas investigadas, el siguiente: LOMA NEGRA C.I.A.S.A.: \$ 11.559.895.632, JUAN MINETTI S.A.: \$ 8.347.819.101, CEMENTOS AVELLANEDA S.A.: \$ 2.891.333.230, PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.: \$ 876.990.443 y CEMENTO SAN MARTÍN

S.A.: \$ 2.379.900.443.

Después, se expresó: “...esta CNDC ha señalado la dificultad práctica de precisar o cuantificar el impacto perjudicial de dichas prácticas sobre el interés económico general, **pues ello implicaría la determinación de una situación contra fáctica**, es decir cómo se hubiera comportado el mercado en término de precios y cantidades en ausencia de las conductas anticompetitivas incurridas...” (confr. fs. 5217; lo destacado es de la presente). Finalmente, se agregó: “...En el presente caso esta CNDC estima, siguiendo un criterio extremadamente restrictivo, que cuanto menos el beneficio ilícito se eleva al 1% del valor de todo el comercio involucrado. Ello por cuanto **bajo ningún escenario resulta posible concebir que las empresas imputadas al incurrir en tales prácticas anticompetitivas hubieran obtenido un beneficio ilícito inferior al 1% del comercio involucrado...**” (confr. fs. 5217; lo destacado es de la presente).

**104º)** Que, a partir de los cálculos a los cuales se hizo mención por el considerando anterior, se concluyó que las empresas investigadas en autos obtuvieron -al menos- el beneficio ilícito que se detalla a continuación: LOMA NEGRA C.I.A.S.A.: \$ 115.598.956, JUAN MINETTI S.A.: \$ 83.478.191, CEMENTOS AVELLANEDA S.A.: \$ 28.913.332, PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.: \$ 8.769.904, y CEMENTO SAN MARTÍN S.A.: \$ 23.799.004, y se agregó que se consideró razonable reducir en un 30 % el beneficio obtenido ilícitamente respecto de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., pues aquella sólo participó de la concertación de cuotas y reparto del mercado a partir del mes de agosto de 1989, considerándose, además, como un atenuante, el hecho que fue presionada para ingresar al cartel; por este motivo, se concluyó que con la reducción mencionada, el beneficio obtenido ilícitamente por PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA ascendió a \$ 6.138.932.

Finalmente, se expresó que correspondía sancionar a cada una de las empresas imputadas en la medida del beneficio obtenido ilícitamente,

*Poder Judicial de la Nación*

incrementado en un veinte por ciento (20%), redondeando el importe de la multa a la centena de miles de pesos, lo cual permitió graduar la multa impuesta a las sociedades mencionadas en los importes que se recordaron por el considerando 2º de la presente. Asimismo, con relación a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, y en atención a que la entidad mencionada no habría perseguido un fin de lucro para sí, la multa que se impuso a la nombrada se graduó en el máximo establecido por la ley N° 22.262 (\$ 529.289), según la actualización establecida mediante la Resolución M.E. y O. S.P. N° 92 (B.O. 26/01/1994).

USO OFICIAL

**105º)** Que, los apelantes cuestionaron la razonabilidad del cálculo efectuado por la resolución recurrida para cuantificar el beneficio ilícitamente obtenido por las sociedades investigadas, argumentando que aquel beneficio es el producto de una presunción empleada por el organismo administrativo, y que no se ha acreditado debidamente cuál habría sido el supuesto beneficio ilícito que aquéllas habrían obtenido mediante el desarrollo de las conductas investigadas.

El pronunciamiento recurrido es acertado en tanto por aquél se destacó la dificultad práctica –y en rigor de verdad, la imposibilidad virtual– de cuantificar, al mínimo detalle, el impacto de las conductas investigadas, pues aquella mensuración requeriría evaluar un escenario contrafáctico a aquél que en los hechos se verificó, es decir, acreditar cómo se hubiera comportado el mercado del cemento portland a nivel nacional en ausencia de las conductas anticompetitivas investigadas, y comparar los resultados de uno y otro escenario (el que se verificó como consecuencia del desarrollo de las conductas anticompetitivas, y aquél que se habría producido si no se hubieran desarrollado las conductas mencionadas).

**106º)** Que, como se recordó por el considerando 103º de la presente, el beneficio ilícitamente obtenido por las empresas investigadas fue establecido en –al menos– el 1 % (uno por ciento) del valor de todo el comercio

involucrado, fundándose aquel porcentaje en la circunstancia que para el organismo administrativo “...*bajo ningún escenario resulta posible concebir que las empresas imputadas al incurrir en tales prácticas anticompetitivas hubieran obtenido un beneficio ilícito inferior al 1% del comercio involucrado...*” (confr. fs. 5217).

**107º)** Que, las recurrentes no han introducido argumentación alguna por la cual se especifique por qué es irrazonable mensurar el beneficio ilícitamente obtenido por las empresas investigadas en el porcentaje al cual se hizo mención por el considerando anterior. Por lo demás, debe destacarse que el cálculo que efectuó la autoridad administrativa para determinar el beneficio ilícitamente obtenido es razonable; la imposición de aquél en el uno por ciento (1 %) del valor de todo el comercio involucrado respeta fuertemente un marco de prudencia y es un resultado elemental de la aplicación de las reglas de la lógica, de la experiencia y del sentido común.

**108º)** Que, las partes han argumentado que las multas impuestas, por la magnitud de aquéllas, son confiscatorias, intentando con aquel argumento asimilar –y limitar– la magnitud de la multa impuesta, a una cuestión totalmente ajena a la materia penal, como es la concerniente al límite del poder de imposición tributario; por lo tanto, corresponde rechazar aquel agravio.

En efecto, “...*El principio de no confiscatoriedad apunta directamente al derecho de propiedad; como **el tributo** toma parte del patrimonio o la riqueza del contribuyente, ese quantum (el del tributo) debe mantenerse dentro de ciertos límites razonables; cuando la parte absorbida es sustancial, se configura confiscación inconstitucional. El derecho judicial ha elaborado una pauta importante en orden a la confiscatoriedad, estableciendo que **el gravamen** que absorbe más del treinta y tres por ciento de la materia imponible –cuando ésta es capital y no renta- es inconstitucional por lesión al derecho de propiedad...*” (confr. Germán J. BIDART CAMPOS, “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Tomo I-B, Editorial Ediar,



## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

Buenos Aires, 2001, pág. 417; lo destacado es de la presente). “...*el principio de la no confiscatoriedad como **requisito condicionante de la causa constitucional del tributo**, significa que el monto de las contribuciones no puede absorber una parte sustancial del patrimonio de una persona, de sus rentas o del valor de un bien determinado que se relaciona con el tributo que se pretende aplicar...*” (confr. Gregorio BADENI, “*Instituciones de Derecho Constitucional*”, Editorial Ad-hoc, primera reimpresión, Buenos Aires, 2000, pág. 509; lo destacado es de la presente). Y: “...*El tope máximo de la presión tributaria estará señalado por los principios de capacidad contributiva y **no confiscatoriedad** que acoten el ejercicio del poder de imposición...*” (confr. Rodolfo R. SPISSO, “*Derecho Constitucional Tributario. Principios Constitucionales del Gasto Público. Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 391).

109º) Que, las recurrentes critican la imposición de las multas, así como el quantum de aquéllas –por exorbitante–, sin especificar por qué el monto sería exagerado, ni por qué es infundada la sanción (que se encuentra fijada dentro de los límites de la ley); y sin aportar elemento alguno tendiente a sustentar sus genéricos asertos.

Además, la pena impuesta resulta ajustada a las constancias reunidas en el legajo, a los fundamentos expresados por el señor Secretario de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, y acorde con la finalidad de la norma.

En efecto, si se impusiera una multa menor que el beneficio ilícitamente obtenido (calculado mínimamente, del modo en que se hizo), no sólo se incumpliría la finalidad de procurar reparar, por lo menos en alguna medida, el perjuicio efectivamente irrogado al interés económico general –que es el de la sociedad misma– sino que, contrariamente, se alentaría conductas como la investigada, pues aquellas empresas conservarían –aunque más no fuese en una medida menor– el beneficio obtenido ilícitamente mediante la realización de conductas anticompetitivas. Por lo demás, mediante la disminución del

porcentaje en que se incrementó la multa (20 % del beneficio ilícitamente obtenido) tampoco se cumpliría con la finalidad de desalentar la realización de conductas como las investigadas en autos; por estas razones, corresponde confirmar tanto la imposición de las multas impuestas a LOMA NEGRA C.I.A.S.A., a JUAN MINETTI S.A. (en calidad propia y además como sucesora de CORCEMAR S.A.), a CEMENTO AVELLANEDA S.A. (en calidad propia y además como sucesora de EL GIGANTE S.A.), y a CEMENTOS SAN MARTÍN S.A., como el “*quantum*” de aquéllas.

Asimismo, con relación a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, si bien la entidad mencionada no habría obtenido un beneficio económico a raíz de las conductas anticompetitivas que se examinaron por los considerandos anteriores, aquella circunstancia no impide advertir el rol esencial que la entidad mencionada cumplió para llevar a la práctica el reparto del mercado en que incurrieron las empresas mencionadas por el párrafo anterior, permitiendo que aquéllas coordinen sus acciones en detrimento del interés económico general y obtengan –al menos– el margen de beneficio ilícito al cual se hizo mención por los considerandos anteriores; por este motivo, se permite concluir que la multa impuesta a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND ha sido graduada de acuerdo con los parámetros legales correspondientes, y en función del grado de participación que aquella entidad tuvo en la cartelización investigada.

Por otra parte, en este caso, la ausencia de antecedentes de las entidades sumariadas no resulta óbice para lo expresado por los párrafos anteriores de este considerando y para la determinación del monto de la multa que se impondrá a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. En efecto, en el “*sub lite*” esto es así debido a la gravedad, tanto de las conductas investigadas, como del perjuicio producido por aquéllas.

**110º)** Que, con relación al “*quantum*” de la multa impuesta a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., se advierte que por el razonamiento empleado por la resolución recurrida se ha incurrido en un error

*Poder Judicial de la Nación*

a partir del cual se ha agravado, indebidamente, la situación de la empresa mencionada con relación a las empresas restantes, cuando en realidad se pretendió considerar, como una circunstancia atenuante, el hecho que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. haya sido supuestamente obligada a ingresar al cartel, de resistir dos años de embate por parte de LOMA NEGRA C.I.A.S.A. como consecuencia del denominado “Operativo Patagonia”, al cual se hizo mención por los considerandos 67º y 68º de la presente.

En efecto, como se recordó por el considerando 103º de la presente, el organismo administrativo concluyó que el volumen total comercializado en el mercado relevante por PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., durante el período investigado, ascendió a 3.314.549 toneladas.

Sin embargo, al observar el cuadro obrante a fs. 5108 del Anexo I de la resolución recurrida, se advierte que el volumen al cual se hizo mención por el párrafo anterior abarca un lapso mayor que aquél que se imputó a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. En efecto, si del Cuadro N° 8 surge que el volumen total comercializado por la empresa mencionada, durante los años 1981 a 1999, ascendió a 3.473.626, se permite concluir que la diferencia que surge de aquellos montos (159.977 toneladas) corresponde a las toneladas volcadas en el mercado interno en los meses de los años 1981 y 1999 que no se encuentran comprendidos en el período investigado (enero a junio de 1981, y septiembre a diciembre de 1999).

El lapso de comportamiento ilícito que se imputó a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. es el comprendido entre el 30/08/1989 y el 31/08/1999; por este motivo, para cuantificar debidamente el volumen de cemento portland que la empresa mencionada volcó al mercado interno como integrante del cartel que se investigó en autos, sólo corresponde tener presente el volumen que aquella empresa ingresó durante aquellos años, y no el total ingresado desde el año 1981.

En consecuencia, por el examen del cuadro efectuado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia al cual se hizo mención

anteriormente, se permite concluir que durante el lapso que se consideró a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. integrante del cartel investigado, aquélla volcó al mercado interno un total aproximado de 1.908.737 toneladas de cemento portland. Si el total mencionado se multiplica por el precio promedio ponderado al cual se hizo mención por el considerando 103° de la presente, se obtiene un valor comercializado total de \$ 505.032.722,82, y si al importe mencionado se le aplica el porcentaje de beneficio ilícito que –al menos– la empresa habría obtenido mediante la conducta cartelizada investigada (1%), se permite obtener un beneficio ilícito de –al menos– \$ 5.050.327,22. **Este importe es menor que aquél al cual se arribó mediante la resolución recurrida, incluso con la reducción del 30 % como circunstancia atenuante, a la cual se hizo mención por el considerando 104° de la presente (\$ 6.138.932).**

Si al importe del beneficio obtenido ilícitamente por PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. se le aplica el incremento del 20 % que se establece por el artículo 26 inciso c), de la ley N° 22.262, se obtiene un monto de incremento de \$ 1.010.064,44, totalizando la suma del beneficio ilícitamente obtenido (\$ 5.050.327,22) y el incremento del 20 % (\$ 1.010.064,44) el resultado de \$ 6.060.392,66; y si, al igual que a las restantes empresas, el importe de la multa se gradúa redondeándose en la centena de miles de pesos, corresponde reducir la multa impuesta a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. a la suma final de \$ 6.000.000 (seis millones de pesos).

Finalmente, la circunstancia que en la determinación de la multa establecida por la resolución administrativa se haya apreciado, como una circunstancia atenuante, el hecho que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. haya sido supuestamente obligada a ingresar al cartel, no determina a este Tribunal a cuantificar la sanción en la misma medida, máxime cuando la multa establecida por el párrafo anterior es inferior a aquélla impuesta en sede administrativa. Por lo demás, tampoco puede dejar de tenerse presente que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. bien pudo haberse

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

negado a ingresar al cartel, recurriendo ante las autoridades correspondientes y formulando la denuncia por conductas contrarias a la ley N° 22.262, pero por el contrario, optó por asociarse al cartel y obtener rédito de aquella incorporación.

111º) Que, por lo demás, y sin perjuicio de lo expresado por el considerando anterior, se advierte que de haberse mantenido el razonamiento que se empleó por la resolución recurrida para la graduación de la sanción de multa impuesta a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., se habría permitido a aquélla conservar, en su patrimonio, parte del beneficio ilícito obtenido y, en consecuencia, obtener rédito de la conducta que se le reprochó.

En efecto, basta tener presente que por la resolución recurrida se estableció que el beneficio ilícito que habría obtenido PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. (aun con el error al cual se hizo mención por el considerando anterior) ascendía a \$ 8.769.904, y la multa finalmente impuesta a aquella, también por la resolución recurrida, ascendía a \$ 7.300.000.

No obstante, si por la resolución recurrida se quiso ponderar, especialmente, como una circunstancia atenuante, el hecho que la empresa mencionada haya sido obligada a incorporarse al cartel (al cual finalmente se incorporó y obtuvo de aquella incorporación beneficios ilícitos), hubiese bastado con aplicar la multa en el importe del beneficio obtenido ilícitamente sin incrementarlo en el veinte por ciento (20 %) que se establece por el artículo 26 inciso c), de la ley N° 22.262, pero no efectuar el cálculo inverso, es decir, reducir el monto del beneficio ilícitamente obtenido en función de un porcentaje aplicado al caso sin expresarse las razones que permitieron cuantificarlo en aquélla medida (30 %), y sobre la base del nuevo importe proyectar el incremento del 20 % mencionado.

**El señor juez de cámara doctor Roberto Enrique HORNOS**  
**agregó:**

101º) Que, corresponde ingresar ahora en el análisis relativo a si se

encuentran ajustadas a derecho las medidas dispuestas en la parte resolutive de la decisión que se examina.

En este sentido, en primer término corresponde pronunciarse con relación a si resultan pertinentes, o no, las medidas dispuestas por los artículos 1º, 2º y 3º de la resolución impugnada respecto de la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND.

**102º)** Que, habiéndose establecido por las consideraciones conjuntas que la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND ha incurrido en una conducta prohibida por el art. 1º de la ley N° 22.262, la abstención o el cese de la conducta prohibida incriminada resulta una consecuencia lógica, razonable y necesaria a fin de evitar la permanencia y/o la reiteración de un proceder contrario a derecho. Por lo demás, la disposición de alguna de aquellas medidas resulta procedente y tiene sustento normativo en lo expresamente previsto por el art. 26, inc. b), de la ley citada.

Por lo expresado precedentemente, lo dispuesto por el artículo 1º de la resolución impugnada se encuentra ajustado a derecho y debe ser confirmado.

**103º)** Que, por el artículo 2º de la resolución en análisis se dispuso: *“Ordénase a la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND que, en caso de continuar a cargo de la recolección y procesamiento de la información individual sobre la producción, y/o importaciones, y/o despachos de cemento portland de cada una de las empresas asociadas, tome los recaudos y medidas de seguridad necesarios para que la información individual de cada empresa sólo resulte accesible para el personal de la citada Asociación encargado del manejo del Sistema Estadístico, quien deberá guardar estricta confidencialidad sobre la misma, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 41, incisos b), e) y k) y 26 inciso b) de la ley 22.262”.*

La medida de la cual se trata podría apreciarse como de innecesaria o sobreabundante disposición, toda vez que en principio estaría comprendida por



*Poder Judicial de la Nación*

lo dispuesto por el artículo 1° de la misma resolución, por lo que no puede sino estimársela complementaria y específica con relación a los alcances que corresponde otorgar a la abstención ordenada por el artículo resolutivo recién mencionado.

Aquella medida es un instrumento útil y eficaz para garantizar el cumplimiento del cese ordenado por el artículo 1° de la resolución mencionada y para que aquel cese sea operativo y concreto teniéndose al efecto en consideración el rol que en los hechos le cupo a la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND. Lo dispuesto se sustenta, correctamente, en el artículo 26 de la ley 22.262, a punto tal que por el incumplimiento de lo decidido la misma autoridad administrativa podría aplicar una multa diaria, según se establece por el artículo 28 del mismo ordenamiento.

Por el intercambio de información competitivamente sensible en que incurrieron las sociedades investigadas, con la intervención de la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND se permitió la coordinación de aquéllas para alcanzar una finalidad en común: llevar a la práctica la asignación de cuotas y el reparto del mercado acordado previamente, y controlar el acatamiento –propio y ajeno– a lo pactado. En consecuencia, la práctica restrictiva de la competencia en que incurrieron las sociedades investigadas cuyo cese se dispuso por el artículo 1° de la resolución que se examina, sólo puede ser evitada mediante la exigencia a la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND para que tome los recaudos para que la información que concentra sea accesible sólo para el personal de aquélla, quien deberá guardar estricta confidencialidad con relación a la misma.

El sustento normativo de lo dispuesto surge también del artículo 26 inciso b) de la ley N° 22.262. La autoridad administrativa actuó dentro del marco de las atribuciones que se le otorgan por aquella norma, con la finalidad de hacer cumplir la ley, y por lo dispuesto no se vulneró disposición constitucional alguna, pues ninguno de los derechos y garantías constitucionales que se pretenden involucrar (de comercio e industria, de contratar, de formar parte de la libertad económica) son absolutos, debido a que aquéllos se ejercen con

arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 de la Constitución Nacional).

En efecto, en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido (también desde antiguo y de manera pacífica) que por la Constitución Nacional no se establecen derechos absolutos (Fallos 304:319, 312:318; entre otros), ni aquéllos tienen, en sí, aquel carácter (Fallos 304:1293). Es más, según el más Alto Tribunal, la admisión de un derecho ilimitado significaría “una concepción antisocial”, aunque el Congreso no hubiese dictado todavía la norma reglamentaria de aquel derecho (Fallos 254:56; confr. las citas de Néstor SAGÜES, en “*Elementos de derecho constitucional*”, T. II, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 398).

Tampoco por lo dispuesto se transgredieron disposiciones de derecho privado, las cuales en principio resultarían desplazadas por la normativa rectora (la ley N° 22.262) que es de derecho público y de naturaleza penal.

En consecuencia corresponde confirmar lo resuelto por el organismo estatal, el cual actuó conforme a derecho, con sustento en las normas específicas del ordenamiento aplicable.

**104°)** Que, por último, por el artículo 3° de la resolución impugnada se dispuso: “*Ordénase a la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND que en el término de SESENTA (60) días a partir de la notificación de la presente medida, adecúe el diseño y funcionamiento del Sistema Estadístico de manera tal de cumplimentar con lo en ella estipulado, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 1° y 41, incisos b), e) y k) y 26 inciso b) de la Ley N° 22.262*”.

La medida en cuestión no es una disposición relativa al cese o a la abstención de las conductas que se venían ejecutando y que han sido consideradas contrarias a derecho. Por el contrario, por la disposición en cuestión se encomiendan nuevas conductas positivas a ser practicadas y observadas a futuro por la ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND.

## *Poder Judicial de la Nación*

En consecuencia, lo ordenado exhorbita las atribuciones del órgano sancionador, carece de sustento en las previsiones del art. 26 de la ley N° 22.262 y no se aprecia imprescindible para que se haga efectiva la abstención ordenada por el juego conjunto de los arts. 1° y 2° de la resolución recurrida, la cual se ajusta a los fines de evitar la materialización y/o la reiteración de las conductas prohibidas verificadas.

Por lo demás, en el caso de verificarse la práctica de conductas que signifiquen el incumplimiento de las abstenciones previstas por los artículos 1° y 2° de la resolución criticada, las cuales en principio resultan suficientes para evitar la práctica de conductas establecidas como contrarias a la libre competencia, se encuentra al alcance de la autoridad de aplicación la utilización de las previsiones del art. 28 de la ley N° 22.262.

Por lo establecido precedentemente, corresponde que se deje sin efecto lo dispuesto por el artículo 3° de la resolución en examen.

**105°)** Que, con relación a las multas impuestas por la resolución en examen, por el inciso c) del artículo 26 de la ley N° 22.262 se prevé, como sanción, la aplicación de una multa, “...*que podrá elevarse hasta un veinte por ciento (20 %) por encima del beneficio ilícitamente obtenido...*”

La autoridad administrativa efectuó un cálculo a los fines de determinar el beneficio ilícitamente obtenido que resultó de multiplicar el volumen total comercializado en el mercado relevante por cada una de las empresas incurso en la cartelización investigada (LOMA NEGRA C.I.A.S.A.: 43.690.146 toneladas; JUAN MINETTI S.A.: 31.550.236 toneladas; CEMENTOS AVELLANEDA S.A.: 10.927.674 toneladas; PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.: 3.314.549 toneladas; y CEMENTO SAN MARTÍN S.A.: 8.994.735 toneladas) por el precio actual promedio de ventas de cemento a granel y embolsado, ponderado por el volumen vendido en cada una de dichas modalidades (\$ 264,59 por tonelada).

El cálculo mencionado permitió obtener como valor comercializado por la totalidad de las empresas investigadas, el siguiente: LOMA NEGRA

C.I.A.S.A.: \$ 11.559.895.632, JUAN MINETTI S.A.: \$ 8.347.819.101, CEMENTOS AVELLANEDA S.A.: \$ 2.891.333.230, PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.: \$ 876.990.443 y CEMENTO SAN MARTÍN S.A.: \$ 2.379.900.443.

Después, se expresó: “...esta CNDC ha señalado la dificultad práctica de precisar o cuantificar el impacto perjudicial de dichas prácticas sobre el interés económico general, **pues ello implicaría la determinación de una situación contra fáctica**, es decir cómo se hubiera comportado el mercado en término de precios y cantidades en ausencia de las conductas anticompetitivas incurridas...” (confr. fs. 5217; lo destacado es de la presente). Finalmente, se agregó: “...En el presente caso esta CNDC estima, siguiendo un criterio extremadamente restrictivo, que cuanto menos el beneficio ilícito se eleva al 1% del valor de todo el comercio involucrado. Ello por cuanto **bajo ningún escenario resulta posible concebir que las empresas imputadas al incurrir en tales prácticas anticompetitivas hubieran obtenido un beneficio ilícito inferior al 1% del comercio involucrado...**” (confr. fs. 5217; lo destacado es de la presente).

**106º)** Que, a partir de los cálculos a los cuales se hizo mención por el considerando anterior, se concluyó que las empresas investigadas en autos obtuvieron -al menos- el beneficio ilícito que se detalla a continuación: LOMA NEGRA C.I.A.S.A.: \$ 115.598.956, JUAN MINETTI S.A.: \$ 83.478.191, CEMENTOS AVELLANEDA S.A.: \$ 28.913.332, PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.: \$ 8.769.904, y CEMENTO SAN MARTÍN S.A.: \$ 23.799.004, y se agregó que se consideró razonable reducir en un 30 % el beneficio obtenido ilícitamente respecto de PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., pues aquélla sólo participó de la concertación de cuotas y reparto del mercado a partir del mes de agosto de 1989, considerándose, además, como un atenuante, el hecho que fue presionada para ingresar al cartel; por este motivo, se concluyó que con la reducción mencionada, el beneficio obtenido ilícitamente por PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA ascendió a \$

*Poder Judicial de la Nación*

6.138.932.

Finalmente, se expresó que correspondía sancionar a cada una de las empresas imputadas en la medida del beneficio obtenido ilícitamente, incrementado en un veinte por ciento (20%), redondeando el importe de la multa a la centena de miles de pesos, lo cual permitió graduar la multa impuesta a las sociedades mencionadas en los importes que se recordaron por el considerando 2º de la presente. Asimismo, con relación a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, y en atención a que la entidad mencionada no habría perseguido un fin de lucro para sí, la multa que se impuso a la nombrada se graduó en el máximo establecido por la ley N° 22.262 (\$ 529.289), según la actualización establecida mediante la Resolución M.E. y O. S.P. N° 92 (B.O. 26/01/1994).

107º) Que, los apelantes cuestionan la razonabilidad del cálculo efectuado por la resolución recurrida para cuantificar el beneficio ilícitamente obtenido por las sociedades investigadas, argumentando que aquel beneficio es el producto de una presunción empleada por el organismo administrativo, y que no se ha acreditado debidamente cuál habría sido el supuesto beneficio ilícito que aquéllas habrían obtenido mediante el desarrollo de las conductas investigadas.

El pronunciamiento recurrido es acertado en tanto por aquél se destacó la dificultad práctica –y en rigor de verdad, la imposibilidad virtual– de cuantificar, al mínimo detalle, el impacto de las conductas investigadas, pues aquella mensuración requeriría evaluar un escenario contrafáctico a aquél que en los hechos se verificó, es decir, acreditar cómo se hubiera comportado el mercado del cemento portland a nivel nacional en ausencia de las conductas anticompetitivas investigadas, y comparar los resultados de uno y otro escenario (el que se verificó como consecuencia del desarrollo de las conductas anticompetitivas, y el hipotético que se habría producido si no se hubieran desarrollado las conductas mencionadas).

Por lo expresado, en situaciones como la “*sub examine*” la

cuantificación del beneficio ilícito debe ser efectuado con prudencia.

**108º)** Que, como se recordó por el considerando **105º** de la presente, el beneficio ilícitamente obtenido por las empresas investigadas fue establecido en –al menos– el 1 % (uno por ciento) del valor de todo el comercio involucrado, fundándose aquel porcentaje en la circunstancia que para el organismo administrativo “...*bajo ningún escenario resulta posible concebir que las empresas imputadas al incurrir en tales prácticas anticompetitivas hubieran obtenido un beneficio ilícito inferior al 1% del comercio involucrado...*” (confr. fs. 5217).

**109º)** Que, las recurrentes no han introducido argumentación alguna por la cual se demuestre por qué no sería razonable mensurar el beneficio ilícitamente obtenido por las empresas investigadas en el porcentaje mínimo al cual se hizo mención por el considerando anterior. Por lo demás, debe destacarse que el cálculo que efectuó la autoridad administrativa para determinar el beneficio ilícitamente obtenido en el uno por ciento (1 %) del valor de todo el comercio involucrado respeta el marco de prudencia al cual se hizo mención por el considerando **107º** del presente.

**110º)** Que, las partes han alegado que las multas impuestas, por su magnitud, son confiscatorias, intentando con aquel argumento asimilar –y limitar– el monto de la multa impuesta a una cuestión totalmente ajena a la materia penal, como es la concerniente al límite del poder de imposición tributario; por lo tanto, corresponde rechazar aquel agravio.

En efecto, “...*El principio de no confiscatoriedad apunta directamente al derecho de propiedad; como **el tributo** toma parte del patrimonio o la riqueza del contribuyente, ese quantum (el del tributo) debe mantenerse dentro de ciertos límites razonables; cuando la parte absorbida es sustancial, se configura confiscación inconstitucional. El derecho judicial ha elaborado una pauta importante en orden a la confiscatoriedad, estableciendo*



## *Poder Judicial de la Nación*

que **el gravamen** que absorbe más del treinta y tres por ciento de la materia imponible –cuando ésta es capital y no renta- es inconstitucional por lesión al derecho de propiedad...” (confr. Germán J. BIDART CAMPOS, “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Tomo I-B, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 417; lo destacado es de la presente), “...*el principio de la no confiscatoriedad como requisito condicionante de la causa constitucional del tributo*, significa que el monto de las contribuciones no puede absorber una parte sustancial del patrimonio de una persona, de sus rentas o del valor de un bien determinado que se relaciona con el tributo que se pretende aplicar...” (confr. Gregorio BADENI, “*Instituciones de Derecho Constitucional*”, Editorial Ad-hoc, primera reimpresión, Buenos Aires, 2000, pág. 509; lo destacado es de la presente), y: “...*El tope máximo de la presión tributaria estará señalado por los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad que acoten el ejercicio del poder de imposición...*” (confr. Rodolfo R. SPISSO, “*Derecho Constitucional Tributario. Principios Constitucionales del Gasto Público. Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 391).

**111º)** Que, las recurrentes critican la imposición de las multas, así como el quantum de aquéllas –por exorbitante–, sin especificar por qué el monto sería exagerado, ni por qué es infundada la sanción (que se encuentra fijada dentro de los límites de la ley); y sin aportar elemento alguno tendiente a sustentar sus genéricos agravios.

Sin embargo, se advierte que las empresas investigadas carecerían de antecedentes por infracciones al régimen legal establecido por la ley N° 22.262, lo cual constituye una circunstancia cuya consideración no puede ser omitida al momento de graduarse la multa en el contexto del caso concreto. No obstante ello, la multa respectivamente impuesta tampoco debe ser inferior al beneficio obtenido ilícitamente mediante la práctica concertada que se investigó en autos, pues de lo contrario no sólo no se cumpliría con la finalidad de reparar el perjuicio al interés económico general –que es el de la sociedad misma, en este

caso, en especial en sus sectores más débiles—, sino que, contrariamente, se alentarían conductas como las investigadas en autos, pues una reducción de la multa a un importe inferior al del beneficio ilícitamente obtenido importaría, en los hechos, permitir que las empresas conserven en sus patrimonios una porción de aquel beneficio ilícito.

**112º)** Que, por lo expresado precedentemente, en el caso corresponde reducir las multas impuestas en sede administrativa, fijándose aquéllas en la medida del beneficio que ilícitamente se habría obtenido, sin aplicación de la elevación facultativa prevista por el art. 26 inc. c), de la ley N° 22.262; por este motivo, corresponde fijar aquellas multas en la suma de \$ 115.598.956 respecto de LOMA NEGRA C.I.A.S.A., \$ 83.478.191 respecto de JUAN MINETTI S.A. (en calidad propia y además como sucesora de CORCERMAR S.A.), \$ 28.913.332 respecto de CEMENTOS AVELLANEDA S.A. (en calidad propia y como sucesora de EL GIGANTE S.A.) y \$ 23.799.004 respecto de CEMENTOS SAN MARTÍN S.A.

**113º)** Que, con relación al “*quantum*” de la multa impuesta a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., se advierte que por el razonamiento empleado por la resolución recurrida se ha incurrido en un error a partir del cual se ha agravado indebidamente la situación de la empresa mencionada, frente a las restantes empresas, cuando en realidad se pretendió considerar como una circunstancia atenuante el hecho que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. haya sido obligada a ingresar al cartel, luego de dos años de embate por parte de LOMA NEGRA C.I.A.S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A. y CEMENTOS SAN MARTÍN S.A., en lo que se denominó el “Operativo Patagonia”, al cual se hizo mención por los considerandos 67º y 68º de la presente.

En efecto, el organismo administrativo concluyó que el volumen total comercializado en el mercado relevante por PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., durante el período investigado, ascendió a

## *Poder Judicial de la Nación*

3.314.549 toneladas.

Sin embargo, a poco que se observe el cuadro obrante a fs. 5108 del Anexo I de la resolución recurrida, se advierte que el volumen al cual se hizo mención por el párrafo anterior abarca un lapso mayor a aquél que se imputó a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. En efecto, si por el Cuadro N° 8 surge que el volumen total comercializado por la empresa mencionada, durante los años 1981 a 1999 ascendió a 3.473.626 toneladas, se permite concluir que la diferencia que surge de aquellos montos (159.977 toneladas) corresponde a las toneladas volcadas en el mercado interno en los meses de los años 1981 y 1999 que no se encuentran comprendidos en el período investigado (enero a junio de 1981, y septiembre a diciembre de 1999).

Ahora bien, no puede obviarse que el lapso por el cual se imputó a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. es el comprendido entre el 30/08/1989 y el 31/08/1999; por este motivo, para cuantificar debidamente el volumen de cemento portland que la empresa mencionada volcó al mercado interno como integrante del cartel que se investigó en autos, sólo correspondía tener presente el volumen que aquella empresa ingresó durante aquellos años, y no el total ingresado desde el año 1981.

En consecuencia, por el examen del cuadro efectuado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA al cual se hizo mención anteriormente, se permite concluir que durante el lapso que se imputó a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. ser integrante del cartel investigado, aquélla volcó al mercado interno un total aproximado de 1.908.737 toneladas de cemento portland. Si el total mencionado, se multiplica por el precio promedio ponderado al cual se hizo mención por el considerando **105°** de este voto, se obtiene un valor comercializado total de \$ 505.032.722,82, y si al importe mencionado se le aplica el porcentaje de beneficio ilícito que -al menos- la empresa habría obtenido mediante la conducta cartelizada investigada (1%), se permite obtener un beneficio ilícito de -al menos- \$ 5.050.327,22. **Este importe es menor a aquél al cual se arribó mediante la resolución recurrida, incluso con la reducción del 30 % por la aplicación de la circunstancia**

**supuestamente atenuante, a la cual se hizo mención por el considerando 106° de este voto (\$ 6.138.932).**

**114°)** Que, finalmente, la circunstancia que en la determinación de la multa establecida por la resolución administrativa se haya apreciado como una circunstancia atenuante el hecho que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. fue obligada a ingresar al cartel, no vincula a este tribunal para apreciarla en la misma forma, pues tampoco puede dejar de tenerse presente que PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. bien pudo haberse negado a ingresar al cartel, recurrir ante las autoridades correspondientes y formular una denuncia por conductas contrarias a la ley N° 22.262, no obstante lo cual, optó por asociarse al cartel y sacar rédito de aquella incorporación.

En consecuencia, por los mismos fundamentos que se expresaron por los considerandos **111°** y **112°** de este voto y por lo precedentemente referido, corresponde graduar la multa a aplicar a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. en la medida del beneficio ilícitamente obtenido, reduciéndose en consecuencia la multa impuesta a aquélla a la suma de \$ 5.050.327,22.

**115°)** Que, por lo demás, y sin perjuicio de lo expresado por el considerando anterior, se advierte que de haberse mantenido el razonamiento que se empleó por la resolución recurrida para la graduación de la sanción de multa impuesta a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A., se habría permitido a ésta conservar en su patrimonio parte del beneficio ilícito obtenido y, en consecuencia, sacar rédito económico de la conducta que se le reprochó.

En efecto, basta tener presente que por la resolución recurrida se estableció que el beneficio ilícito que habría obtenido PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. (aún con el error al cual se hizo mención por el considerando **113°** del presente voto) ascendía a \$ 8.769.904, y la multa finalmente impuesta a aquella, por la resolución recurrida, ascendió a \$ 7.300.000.

## *Poder Judicial de la Nación*

USO OFICIAL

Ahora bien, si por la resolución recurrida se quiso ponderar, especialmente, como una circunstancia atenuante, el hecho de que la empresa mencionada haya sido obligada a incorporarse al cartel (al cual finalmente se incorporó y obtuvo de aquella incorporación beneficios ilícitos), hubiese bastado con individualizar la multa en el importe del beneficio obtenido ilícitamente sin incrementarlo en el veinte por ciento (20 %) que se establece por el artículo 26 inciso c), de la ley N° 22.262, pero no efectuar el cálculo inverso, es decir, reducir el monto del beneficio ilícitamente obtenido en función de un porcentaje aplicado al caso sin expresarse las razones que permitieron cuantificarlo en aquélla medida (30 %), y sobre la base del nuevo importe proyectar el incremento del 20 % mencionado.

116°) Que, con relación a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND S.A., corresponde confirmar el monto de la multa impuesta a aquélla en sede administrativa, pues si bien la entidad mencionada no habría obtenido un beneficio económico a raíz de las conductas anticompetitivas que se examinaron por los considerandos que anteceden, aquella circunstancia no impide advertir el rol trascendental que la entidad mencionada cumplió para facilitar y llevar a la práctica el reparto del mercado en que incurrieron las empresas sancionadas, permitiendo que aquéllas coordinaran sus acciones en detrimento del interés económico general y obtuvieran –al menos– el margen de beneficio ilícito al cual se hizo mención por los considerandos anteriores; por este motivo, se permite concluir que la multa impuesta a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND ha sido graduada de acuerdo con los parámetros legales correspondientes, y en función del grado de participación que aquella entidad tuvo en las conductas anticompetitivas investigadas.

117°) Que, por último, con relación a los episodios de colusión de precios que se habrían verificado en las ciudades de Córdoba, Santa Fé y Mendoza, y sin perjuicio que, como se expresó por el considerando 89° de la presente, no se impuso una sanción en concreto con relación a esos episodios y

a las empresas que participaron en aquellos episodios, corresponde hacer mención expresa con relación a que la situación verificada en autos es distinta de aquélla examinada por el considerando 19º del voto de quien suscribe la presente en el pronunciamiento del Reg. N° 1055/2000 de esta Sala “B”.

En aquella ocasión se estableció: “...no hay que dejar de recordar que la ley 22.262 no es una ley de control de precios, sino de ‘Defensa de la Competencia’.

*En efecto, la llamada ley de Defensa de la Competencia no es una herramienta que habilite el control de precios, siempre y cuando la fijación de aquéllos no sea el producto de conductas distorsivas del mercado; en cuyo caso, resultarían de aplicación sus cláusulas sólo para subsanar aquellos actos contrarios a derecho.*

*Por el régimen de defensa de la competencia no se permiten juicios de valor sobre los precios de mercado sino que sólo resulta objeto de tutela la forma como el mercado los establece.*

*La exposición de motivos es clara en este sentido: ‘Esta legislación demuestra que el Estado no se desentiende de lo que pueda ocurrir en los mercados, en la inteligencia que allí se determinan los precios; por esto un adecuado régimen de concurrencia a aquellos es condición indispensable para instaurar la libertad de éstos’ (Exposición de motivos, apartado I. Introducción, punto 2).*

*En consecuencia, si bien por medio de la ley 22.262, el Estado desarrolla una política de precios, esto es al sólo efecto de garantizar la concurrencia de los competidores al mercado, con lo cual, si la competencia no se encuentra afectada, el Estado, de conformidad con lo prescripto por la ley en cuestión, no podrá intervenir, y, en principio no se encuentra facultado a establecer los precios sino las condiciones en los que estos se establecen legítimamente.*

*Oportuno resulta resaltar que, conforme la Exposición de motivos de la ley 22.262, la norma es un instrumento para ‘desarrollar una efectiva política de precios’, lo que no es lo mismo que ser un instrumento para la*



*Poder Judicial de la Nación*

*fijación de los precios. Es al permitir el libre acceso a los mercados y al garantizar una libre competencia cuando se implementa una política de precios, por la ingerencia que tiene en la formación de éstos últimos la vigencia de aquellas libertades...”* (lo destacado corresponde al texto original).

Los fundamentos recordados –parcialmente- no resultarían de aplicación al caso en examen en el cual se verificaría la excepción mencionada expresamente por aquellos fundamentos, puesto que en este caso no se verificó el libre acceso a los mercados por parte de los oferentes del cemento portland y se restringió la competencia mediante la asignación de cuotas y el reparto del mercado al cual se hizo mención por los considerandos anteriores.

Por ello, **por unanimidad SE RESUELVE:**

**I. RECHAZAR LOS PLANTEOS DE NULIDAD** efectuados por los representantes de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, JUAN MINETTI S.A., LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A., y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.

**II.- RECHAZAR LOS PLANTEOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN** efectuados por los representantes de ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, JUAN MINETTI S.A., LOMA NEGRA C.I.A.S.A. y CEMENTO SAN MARTÍN S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A., y PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.

**III.- CONFIRMAR** lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la Resolución SCT N° 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

**IV.- CONFIRMAR** lo dispuesto por los artículos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º de la Resolución SCT N° 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación en cuanto por aquéllos se impuso sanciones a LOMA NEGRA C.I.A.S.A., JUAN MINETTI S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A., PETROQUÍMICA COMODORO

RIVADAVIA S.A., CEMENTO SAN MARTÍN S.A. y a ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND, respectivamente.

**V. CONFIRMAR** el monto de la multa impuesta a la ASOCIACIÓN FABRICANTES DE CEMENTO PORTLAND por el artículo 9º de la Resolución SCT N° 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

**VI.- CON COSTAS** (artículos 143, 144 y ccs., del C.P.M.P.).

**Y, por mayoría:**

**VII.- CONFIRMAR** el artículo 3º de la Resolución SCT N° 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

**VIII.- CONFIRMAR** los montos de las multas impuestas a LOMA NEGRA C.I.A.S.A., JUAN MINETTI S.A., CEMENTOS AVELLANEDA S.A., y a CEMENTO SAN MARTÍN S.A. por los artículos. 4º, 5º, 6º, y 8º, respectivamente, de la Resolución SCT N° 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

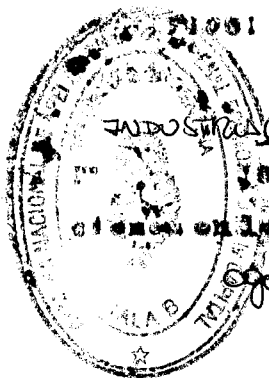
**IX. REDUCIR** el monto de la multa impuesta a PETROQUÍMICA COMODORO RIVADAVIA S.A. por el artículo 7º de la Resolución SCT N° 124 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, a la suma de \$ 6.000.000 (seis millones de pesos).

Regístrese, notifíquese y devuélvase, conjuntamente con los anexos que se encuentran reservados por Secretaría.

CARLOS ALBERTO PIZZATELLI  
JUEZ DE CAMARA

MARCOS ARNOLDO GRABIVKER  
JUEZ DE CAMARA

ROBERTO ENRIQUE HORNOS  
JUEZ DE CAMARA



Que la presente es copia fiel de su original que corre  
de los autos caratulados: LOMA NEGRA COMPAÑÍA  
INDUSTRIAL SA y OTROS/CA 22262  
orden N° 19866 de la Honra. Cámara Nacional de Apela-  
ciones en lo Penal Económico de la Capital, Buenos Aires, 26  
de 2008

MARTA L. MARMISSOLLE  
Secretaría de Cámara