



Ministerio de Economía y Producción
Secretaría de Coordinación Técnica
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



Expte. N° 064-011021/2000(C.588)MB/CT-LB

DICTAMEN N° 450

BUENOS AIRES, 24 MAR 2004

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan por el Expediente N° 064-011021/2000, del Registro del ex Ministerio de Economía, caratulado: "EZETA S.A. Y SUSCRIPCIÓN DE ACUERDOS DE PRECIOS Y CUPOS PARA EL MERCADO ARGENTINO", iniciado como consecuencia de la denuncia formulada por INDUSTRIA E COMERCIO TWILL LTDA. y AMERICAN TOOL. por presunta violación a la Ley N° 25.156.

I.- SUJETOS INTERVINIENTES

I.1. El Denunciante:

1. INDUSTRIA E COMERCIO TWILL LTDA. (en adelante "INDUSTRIA e COMERCIO") y AMERICAN TOOL DO BRASIL (en adelante "AMERICAN TOOL"), son empresas regularmente constituidas conforme a las leyes de la República Federativa de Brasil subsidiarias de AMERICAN TOOLS COMPANIES, INC., con sede en Chicago, Estados Unidos, dedicadas a la producción de brocas, entre otros productos, que venden en el mercado brasileño y exportan a la Argentina y otros países del MERCOSUR.

I.2. La Denunciada:



2. EZETA S.A. (en adelante "EZETA"), es una empresa regularmente constituida conforme a las leyes de la República Argentina que también se dedica a la producción de brocas, entre otros productos.

II.- LA DENUNCIA

3. Con fecha 8 de agosto de 2000, esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA inició las presentes actuaciones en virtud de la denuncia realizada por el Dr. Carlos Carena, en su carácter de apoderado de INDUSTRIA e COMERCIO y de AMERICAN TOOL por supuestas infracciones a los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 25.156, contra la firma EZETA.
4. Las denunciantes manifestaron ser empresas productoras de Brasil que exportaban a la Argentina sus productos, entre ellos, brocas.
5. Según lo sostenido en la denuncia, EZETA era la productora más importante de brocas en la República Argentina.
6. Los denunciantes afirmaron que ejecutivos de sus empresas fueron convocados por la firma EZETA, con el auspicio de la Cámara Argentina de Fabricantes de Instrumentos de Medición (CAFHIM) y aparentemente Funcionarios de la Secretaría de Industria Comercio y Minería, a fin de suscribir acuerdos de precios y cupos para el mercado argentino.
7. Continuaron su relato sosteniendo que las invitaciones tenían por finalidad lograr un acuerdo tendiente a concertar precios, volúmenes de exportación, condiciones de crédito y zonas geográficas.
8. Los presentantes afirmaron que las propuestas fueron escuchadas pero rechazadas debido a que consideraron que tal proceder podría estar en contra de las normas de Defensa de la Competencia imperantes en la Argentina.
9. Agregaron que ante esa negativa fueron alertados por la propia EZETA sobre la posibilidad con que ella contaba de gestionar un bloqueo de mercado a través de la inclusión de las mercaderías importadas en el canal morado de la aduana, o una denuncia por dumping o directamente a través de la imposición de cupos.



10. Continuaron diciendo que el día 31 de mayo de 2000 se celebró en la Secretaría de Industria Comercio y Minería una reunión en la que se pretendió alcanzar un acuerdo comercial de flujos administrados de exportaciones.
11. Sostuvieron que se negaron a la firma del acuerdo y que desconocían si el mismo había sido firmado por otras empresas.
12. Prosiguieron sus dichos sosteniendo que a posteriori recibieron una nota fechada el día 16 de junio del mismo año, firmada por el Sr. Claudio Speranza, representante de la firma EZETA, que indicaba que ante la negativa de acceder a su propuesta de concertación de precios se consideraba en libertad de acción para recurrir a los instrumentos legales disponibles.

III.- PROCEDIMIENTO

13. Con fecha 8 de agosto de 2000, se efectuó la denuncia que originó los presentes actuados.
14. Esta Comisión Nacional, mediante acta de fecha 19 de setiembre de 2000, procedió a ratificar los dichos de la denunciante, de conformidad con lo previsto en el artículo 175 del CPPN, de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 25.156.
15. Con fecha 11 de diciembre de 2000 el denunciante presentó un escrito en el que efectuó algunas consideraciones, a fin de acercar elementos adicionales a la investigación.
16. El 1 de julio de 2001, se ofició a la Dirección de Competencia Desleal para que informara si en esa dependencia se encontraba tramitando alguna denuncia por, dumping a las firmas INDUSTRIA E COMERCIO y AMERICAN TOOL.
17. Asimismo, en la misma fecha se citó a prestar declaración testimonial a los representantes de las firmas INDUSTRIA E COMERCIO y AMERICAN TOOL.
18. Con fecha 13 de julio de 2001, la Dirección de Competencia Desleal contesta el requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional, informando que el día 23 de noviembre de 2000, mediante Resolución ex SIC N° 217 se declaró procedente la



- apertura de la investigación que fuera solicitada por la firma EZETA relativa a la existencia de dumping, las cuales en ese momento se encontraban en la etapa de Determinación Preliminar del Margen de dumping.
19. El 24 de julio de 2001 prestaron declaración testimonial los Sres. Julio Carlos Lescano y la Dra. María José Etulain, ambos en representación de INDUSTRIA E COMERCIO y AMERICAN TOOL.
 20. El mismo día de la audiencia mencionada en el párrafo anterior, las denunciadas efectuaron una nueva presentación mediante la cual aportaron algunos elementos nuevos y acompañaron la grabación de la audiencia realizada el 21 de junio de 2001 en la Sede de la Comisión Nacional de Comercio Exterior.
 21. Con fecha 26 de julio de 2001, las empresas denunciadas nuevamente se presentaron a fin de adjuntar una copia del Acta de la Reunión mencionada en el párrafo anterior.
 22. El 31 de julio de 2001, se citó al señor Claudio Speranza de la firma EZETA, para que prestara declaración en la audiencia que se celebró el día 9 de agosto de 2001.
 23. En la misma fecha se ofició nuevamente a la Comisión Nacional de Comercio Exterior para que informara acerca del estado de la investigación por dumping referida anteriormente, la que fue contestada el día 9 de agosto del mismo año.
 24. Asimismo, y como medida para mejor proveer, se efectuaron requerimientos a la Dirección Nacional de Estadísticas y Censos y a la Dirección de Informática Aduanera.
 25. El 19 de octubre de 2001 se corrió traslado a EZETA de la denuncia efectuada por INDUSTRIA E COMERCIO y AMERICAN TOOL, para que brindara las explicaciones que estimara corresponder conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 25.156.
 26. No obstante encontrarse debidamente notificada, conforme surge de fs. 202, la firma EZETA no brindó explicaciones.
 27. El 8 de febrero de 2002 se citó a audiencia testimonial al Sr. Julio Cordero, en su carácter de presidente de la Cámara Argentina de Fabricantes de Herramientas e Instrumentos de Medición (CAFHIM), la que fue celebrada el 6 de marzo de 2002.



28. Con fecha 20 de febrero de 2002, la firma EZETA informó el cambio de domicilio legal de la empresa.
29. El 7 de junio del mismo año EZETA efectuó otra presentación por la que brindó explicaciones extemporáneamente.
30. El 8 de julio de 2002 se ordenó la apertura del sumario en las presentes actuaciones, conforme lo previsto en el artículo 30 de la Ley N° 25.156.
31. El 16 de abril de 2003, se dio por concluida la instrucción sumarial y consecuentemente se corrió el traslado previsto en el art. 32 de la Ley N° 25.156 a la firma EZETA, para que en el término de 15 días tuviera la oportunidad de presentar su descargo y ofrecer prueba, lo cual no ocurrió a pesar de que fuera debidamente notificada.

V. ENCUADRE JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LA CONDUCTA

V.1. Marco Conceptual y evidencia obrante

32. Como se ha señalado en los puntos precedentes, la denuncia se refiere a un supuesto acuerdo de precios y cantidades para limitar el ingreso de brocas importadas desde Brasil. El presunto acuerdo habría sido ofrecido por la firma EZETA, principal fabricante de brocas en la Argentina, a sus competidores de Brasil. Sin embargo, dicho acuerdo no habría llegado a materializarse debido a la negativa de las empresas brasileñas a participar en él.
33. Un acuerdo entre empresas que fija arbitrariamente precios en un nivel superior al que surgiría de un proceso competitivo, genera un resultado inequívoco y no deseable desde el punto de vista de la eficiencia y la distribución del ingreso en el mercado de que se trate y se identifica con una situación en la cual los oferentes de un mercado logran incrementar sus beneficios a costa de una pérdida de eficiencia asignativa global.
34. Así, desde el punto de vista de la defensa de la competencia este tipo de acuerdos constituyen una conducta prohibida en tanto atentan en forma directa contra los mecanismos competitivos y por ende generan un perjuicio al interés económico general.



35. La teoría económica suele identificar dos formas de llevar a cabo acuerdos colusivos entre las empresas: la colusión explícita y la colusión tácita. El primer caso se define a partir de la existencia concreta de un acuerdo escrito o verbal entre los participantes. En el segundo, la colusión es el resultado de la interacción de estrategias llevadas a cabo por las empresas en forma independiente aunque con el reconocimiento de la existencia de una interdependencia entre ellas. En este último caso, la selección de estrategias de las empresas surge a partir de un "juego no cooperativo" en la que por definición, ninguna de las empresas tiene incentivos a adoptar una estrategia distinta de la efectivamente adoptada.
36. Otra distinción posible suele hacerse entre los casos de "colusión abierta" (overt collusion) y los de "colusión encubierta" (covert collusion). La diferencia entre ellos no radica en su esencia, sino en la exteriorización o no del acuerdo, y afecta directamente a la forma en que los acuerdos deben ser probados. Mientras que en los acuerdos abiertos existe prueba directa de su existencia, en los encubiertos es necesario tomar en consideración otros aspectos que permitan inferir indirectamente la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los competidores de un mercado, como ser, en una primera instancia, un comportamiento paralelo, por ejemplo en precios, entre las firmas participantes del mercado.
37. Tanto los casos de colusión abierta como los de colusión encubierta pertenecen a la categoría de acuerdos explícitos. Son pocas las situaciones en las que existe documentación, cualquiera sea su índole, capaz de certificar la realización del acuerdo. Así, de ser este el único medio probatorio, la posibilidad de concluir que tal conducta fue llevada a cabo depende del descuido de las empresas involucradas al dejar constancia de ello, lo que se reduce a un número pequeño y prácticamente excepcional de los casos.
38. Sin embargo, como se ha demostrado en diversos desarrollos realizados en el marco de la teoría de juegos, la realización de un acuerdo explícito entre competidores no debe ser vista como condición necesaria ni suficiente para llegar a una solución de equilibrio colusivo.



39. Siguiendo con el razonamiento, así como la inexistencia de documentación que respalde el acuerdo no elimina la posibilidad de que el mismo sea inferido por otros medios probatorios, tampoco la mera observación de un comportamiento paralelo entre las firmas involucradas (ej. en precios) permite aseverar que la mismas estén ejecutando un acuerdo.
40. En este contexto, es la combinación de distintos elementos probatorios (algún tipo de comunicación, entendimiento o intercambio de información entre las empresas que llevan cabo la conducta coordinada), la evidencia de comportamiento paralelo en ciertas variables que definen la competencia (precios, racionamiento de la cantidad, porcentajes de participación de mercado, etc.) y las características del mercado en cuestión, las que permitirán eventualmente inferir la existencia de la conducta colusiva.
41. En el presente caso, no se requerirá la conjunción de tales elementos, puesto que existe prueba sobrada de la tentativa de un acuerdo llevada a cabo por la empresa EZETA, e incluso reconocida por su propio titular en la audiencia testimonial mencionada en los apartados precedentes.
42. Para que los hechos denunciados puedan ser encuadrados en la Ley de Defensa de la Competencia debe ser posible determinar que los mismos revisten el carácter de práctica coordinada entre las empresas participantes del mercado, con el objetivo de fijar el precio en niveles superiores a los que surgirían de una situación de competencia, suprimiendo los mecanismos a través de los cuales dicha competencia tiene lugar. Debido a ello, el análisis de las presentes actuaciones tendrá como objetivo determinar los posibles perjuicios que provendrían de un acuerdo de precios entre las empresas participantes del mercado de brocas en la República Argentina.
43. De acuerdo a lo denunciado, el intento de suscripción del acuerdo se habría realizado el 31 de mayo de 2000 y fueron invitados a participar las empresas American Tool Companies, en representación de INDUSTRIA E COMERCIO y de AMERICAN TOOL, y Dormer Tools, una empresa del grupo Sandvik, las que representaban a las principales empresas brasileñas del sector.



44. Cabe señalar que según surge de las constancias obrantes en las presentes actuaciones, EZETA era un oferente de brocas que poseía una participación significativa en el mercado argentino, mientras que Dormer Tools SA y American Tool Companies, esta última a través de sus controladas de INDUSTRIA E COMERCIO y de AMERICAN TOOL, eran empresas brasileñas que exportaban brocas a la Argentina, siendo a la fecha de la denuncia las principales oferentes de brocas en el mercado brasileño.

V.2. Las Pruebas

45. A continuación se detallan las pruebas reunidas y tenidas en cuenta por esta Comisión a efectos de evaluar la conducta de EZETA.

46. A fs. 6 y con fecha 20 de marzo de 2000, obra una copia del fax dirigido al Sr. Manuel Berberian de AMERICAN TOOL, en el que el Sr. Claudio Speranza, vicepresidente de la empresa EZETA, le expresa que están a pasos de iniciar la presentación por dumping que "he tratado de evitar por años, y que aún espero poder evitar; bastaría que vuestro representante hiciera respetar un precio mínimo de U\$U 0,45- 1/8" a ferretería, yo me comprometo a obtener igual conducta de nuestro competidor en Brasil." Este documento fue reconocido por el Sr. Speranza en la audiencia testimonial obrante a fs. 53 y 54.

47. A fs. 11 obra copia del fax de fecha 30 de mayo de 2002 enviado por el Sr. Claudio Speranza de EZETA a los Sres. Mark Ryle y Getulio Carlotto de American Tool. En él, Claudio Speranza confirma su presencia para la reunión que tendría lugar el 31 de mayo del mismo año a las 16 hs, en la sede de la Secretaría de Industria. En la parte inferior del fax expresa que las cantidades (volúmenes de importación hacia la Argentina) a tratar, serían tema de una reunión la que se llevaría a cabo en el hotel Marriot el día 31 de mayo a las 9 hs. Este documento fue reconocido por el Sr. Speranza en la audiencia testimonial obrante a fs. 53 y 54.

48. A fs.12/15 figura el "ACTA DE ENTENDIMIENTO MERCOSUR PARTIDA 8207.50.11" que fuera tratada en la reunión mantenida por representantes de CAFHIM (Cámara Argentina de Fabricantes de Herramientas e Instrumentos de Medición), de Dormer Tools S.A., de Industria y Comercio Twill Ltda. y



Metalúrgica Carlos Barbosa Ltda., ambas pertenecientes al grupo American Tool Companies de EEUU, de Ezeta FISISA, y de SINAFER (Sindicato da Industria de Artefatos de ferro, Metais e Ferramentas em Geral do Sao Paulo) con fecha 31 de mayo de 2000 en la sede de la Secretaría de Industria y Comercio. Allí se estipula “el establecimiento de un régimen de volumen u otros mecanismos de colaboración”, con el objeto, entre otros, de “establecer un régimen temporario de volúmenes administrados de intercambio en ambos sentidos...”.

49. En la cláusula primera de dicha acta figura un cuadro donde se establecen las cantidades máximas mensuales de las distintas brocas de acuerdo a distintas posiciones arancelarias que Brasil exportaría a la Argentina para el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2000 y 31 de mayo de 2001.
50. En las siguientes cláusulas se establecen mecanismos de reparto de exportaciones entre las empresas brasileñas (cláusula segunda), mecanismos de compensaciones en caso de que las cantidades superen las establecidas en la cláusula primera (tercera), revisión de los volúmenes mensuales de acuerdo a la evolución del mercado (novena), la posibilidad de establecer un mecanismo similar respecto a las exportaciones argentinas hacia Brasil (décima), y finalmente la posibilidad de prorrogar el acuerdo por un año más en caso de las condiciones macro y microneómicas se mantengan (cláusula undécima).
51. A fs. 16 obra copia de otro fax enviado por Ezeta al Sr. Getulio Carlotto de AMERICAN TOOL el día 13 de junio de 2000, en donde expresa “ tengo el agrado de circular una información de la fecha que sugiere una alternativa de un mix de cuotas y precios, tal vez de implementación más fácil que las de cuota o de precios solas evaluadas hasta la fecha. Si esta alternativa interesa, agradeceré una confirmación para elaborar una propuesta a la brevedad“. Este documento también fue reconocido por el Sr. Speranza en la audiencia testimonial obrante a fs. 53 y 54.
52. A fs. 18 obra copia de una nota enviada por fax, firmada por el Sr. Speranza, y reconocida por él mismo en la audiencia testimonial obrante a fs. 53 y 54, de fecha 16 de Junio de 2000, dirigida a los Sres. Antonio Altobello de la firma Dormer Tools SA; Getulio Carlotto de AMERICAN TOOL; Horacio Bissi y José Deluca de



Sandvik; Julio Cordero de CAFHIM; Lic. Beatriz Paglieri de la Dirección Nacional de Negociaciones Externas; y Valeria Raiteri de la Dirección Nacional de Comercio Desleal. En la misma se expresa lo siguiente "Hemos sido notificados por el Sr. Mark Ryle, Vicepresidente Ejecutivo de American Tool- USA que esta empresa no está disponible para la firma de un acuerdo privado entre partes del tipo propuesto en la reunión en fecha 31/5/2000 en la sede de la Secretaría de Industria y Comercio, Buenos Aires."

53. El Sr. Speranza, atento a la respuesta de American USA, expresa "EZETA FICISA queda por ende en libertad de acción para recurrir a los instrumentos legales disponibles para la situación de mercado creada, reiterando su preferencia por hallar soluciones no conflictivas entre las partes".

V.3. Las declaraciones

54. Como ya fuera dicho anteriormente, el día 9 de agosto de 2001 se le tomó audiencia testimonial al Sr. Claudio Speranza, vicepresidente de EZETA, a quien se le exhibió cada una de las documentales en el apartado anterior, las que fueron reconocidas por el nombrado (fs. 53/54).
55. También esta Comisión Nacional requirió el testimonio de la Cámara Argentina de Fabricantes de Herramientas e Instrumentos de Medición (CAFHIM) quien lo hizo a través de su vicepresidente en ejercicio de la presidencia, el Sr. Julio Cordero (fs. 217/219).
56. A él se le preguntó si tenía conocimiento de la celebración de una reunión en la Ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería entre los fabricantes de brocas y mechas argentinos y brasileños durante el mes de mayo del año 2000, a lo que respondió afirmativamente y manifestó que él personalmente participó de esa reunión. Asimismo, cuando se le preguntó quiénes asistieron a dicha reunión expresó que por CAFHIM, él, su secretario, Federico Vogt, y el gerente, el Ing. Cohen; por Ezeta el arquitecto Speranza y un colaborador de él; por American Tool dos personas responsables de la planta en Brasil y el responsable de ventas para latinoamérica con sede en Miami; por Sandvik, el Ing. Bisi representante de la firma



Dormer Tool SA y el gerente general de la misma. Aclaró también que la reunión se celebró a instancia de la Lic. Paglieri.

57. Cuando se le interrogó por la finalidad de la reunión dijo que fue para generar un acuerdo al estilo de los celebrados en otros sectores, con el fin de evitar acciones antidumping contra los productos de Brasil. Aclaró que ello era un procedimiento habitual y legal, y que al no haberse arribado a un acuerdo se iniciaron acciones de dumping.
58. Más adelante se lo indagó sobre el resultado de la reunión a lo que respondió que American Tool manifestó que contestaría si aceptaba un acuerdo de precios mínimos, y en consecuencia modificar su política de penetración en el mercado argentino.
59. Continuó declarando el Sr. Julio Cordero que "luego de quince días la respuesta fue que no hacían ningún tipo de acuerdo en el marco de la negociación internacional amparado por la legislación vigente".
60. El Sr. Cordero reconoció la documental obrante a fs. 12 y 13, copia de un fax con el título Acta de Entendimiento Mercosur Partida 8207.50.11, como el proyecto de acuerdo que se trató en la reunión, dejando de manifiesto que no recordaba quien la había elaborado, pero sí que no se había suscripto. Cabe acotar que el mencionado proyecto, en su cláusula primera, estipulaba las cantidades máximas mensuales de cada tipo de brocas que podrían ser exportadas por los productores brasileños y el periodo de vigencia de un año desde el 1° de Junio de 2000 al 31 de mayo de 2001.
61. También el Sr. Cordero reconoció la nota obrante a fs. 18 la que se le exhibiera, a lo que acotó que efectivamente la había recibido en su oportunidad.
62. Por todo lo expuesto, esta Comisión Nacional considera probada la existencia de la reunión realizada el 31/5/00 y entiende que si bien el acta (el acuerdo) labrada no fue suscripta por los participantes en ella, todas las constancias denotan que dicha reunión se llevó a cabo por iniciativa de EZETA y que el hecho denunciado tuvo la suficiente potencialidad como para, de haberse llevado a cabo, haber disminuido las cantidades importadas desde Brasil con el consecuente probable aumento de los precios durante el plazo de vigencia del acuerdo desde 1/6/2000 al 31/5/2001



(prorrogable por un año), todo ello con posibilidad de afectar al interés económico general.

V.4. El perjuicio al interés económico general

63. El artículo 1° de la Ley N° 25.156 sanciona aquellos actos o conductas que, además de limitar la competencia o constituir un abuso de posición dominante, puedan resultar en perjuicio del interés económico general.
64. Por otra parte, en su artículo 2°, inciso a) de la Ley N° 25.156 establece que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, en tanto se verifiquen los supuestos del artículo 1°, los actos o conductas consistentes en “fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto”.
65. En el presente caso, la definición de perjuicio al interés económico general, entendido como un concepto de eficiencia económica, se refiere a aquellas circunstancias en las que la conducta anticompetitiva llevada a cabo resulta en una menor cantidad comercializada que la correspondiente al equilibrio del mercado en cuestión. Esta disminución en la cantidad comercializada del bien implica que se están dejando de consumir unidades del mismo que generan un valor social neto positivo.
66. El acuerdo propiciado por la firma EZETA quedó en grado de tentativa atento a la negativa de plegarse al mismo por parte de las empresas denunciadas, esto es INDUSTRIA e COMERCIO y de AMERICAN TOOL.
67. Atento a la voluntad manifiesta e insistente de EZETA de llevar a cabo un acuerdo de precios y cantidades en el mercado argentino de mechas y brocas, es de esperar que ella hubiera sido la principal beneficiaria de tal concertación y que de haberse concretado, se hubieran perjudicado principalmente a los consumidores de esos productos en la República Argentina.



68. En efecto, es de esperar que los consumidores de brocas y mechas residentes en la Argentina hubieran tenido que enfrentar los mayores precios con la consiguiente disminución de las unidades comercializadas.
69. En definitiva, por lo expuesto precedentemente, resulta fehacientemente acreditado en autos que EZETA propició un acuerdo que tenía por objeto restringir la competencia en perjuicio del interés económico general, por lo que su conducta encuadra en el artículo 1° y 2°, incisos a) y g) de la Ley N° 25.156.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

70. En esta instancia es importante determinar y mencionar la participación y motivación que ha tenido el Estado Argentino en la celebración de este acuerdo en particular, atento a que la reunión entre competidores argentinos y brasileños se llevó a cabo en oficinas públicas y - de acuerdo a los testimonios del denunciante (fs. 38 y 43), del vicepresidente de EZETA, Sr. Speranza (fs. 44, 47 folio 6 y 53) y del presidente de CAFHIM (fs. ...), el Sr. Cordero - a instancias de una funcionaria pública, la Lic. Beatriz Paglieri, Directora Nacional de Gestión Comercial Externa.
71. De acuerdo a los elementos obrantes en las presentes actuaciones, esta Comisión Nacional está en condiciones de afirmar que el Estado argentino no tuvo ninguna participación y motivación para llevar adelante este tipo de acuerdo. Esta afirmación se sustenta en los elementos que se consignan a continuación.
72. El acuerdo de fijación de precios y/o cuotas en el intercambio comercial entre Argentina y Brasil tiene su raíz en una declaración conjunta de las cámaras empresariales que agrupan a los productores de brocas en ambos países, SINAPER de BRASIL y CAFHIM de Argentina. A fs. 8 figura la DECLARACION CONJUNTA SINAPER – CAFHIM de fecha 19 de mayo de 2000, donde se hace mención a una insatisfactoria evolución del comercio de herramientas entre Argentina y Brasil, y que por ello “las dos entidades se comprometen a conformar grupos de trabajo conjunto entre fabricantes argentinos y brasileños a fin de realizar un profundo análisis de nuestra rama industrial y recomendar acciones tendientes a mejorar las condiciones de comercialización de herramientas producidas en nuestros



dos países". También menciona que ambas cámaras recomendarán a sus asociados la implementación de políticas comerciales no predatorias y el libre tránsito de herramientas, aunque temporariamente haya necesidad de establecer mecanismos de colaboración, como ser el intercambio de información cuando algunos de los países inicie acciones antidumping contra terceros países.

73. Atento a esta declaratoria, a fs. 9 figura una carta de CAFHIM de fecha 22 de mayo de 2000 invitando a AMERICAN TOOL a "acordar un marco general para el intercambio entre ambos países, en el que la industria de uno y otro lado se reconozcan mutuamente y compitan en términos de comercio leal...". Posteriormente, en la misma carta manifiesta que "...serán llamadas a firmar compromisos voluntarios las industria intervinientes." Finalmente, la cámara invita a las empresas participantes en el mercado de brocas a participar de la primera reunión a celebrarse en su sede el día 31 de mayo de 2000.
74. A fs. 11 figura un fax de fecha 30 de mayo de 2000 enviado por la empresa EZETA al hotel Marriot Plaza dirigido a los representantes de AMERICAN TOOL, en el que les informa que la reunión estipulada se llevaría a cabo en la sede de la Secretaría de Industria y Comercio donde las Dirección de Negociaciones Externas los había invitado a negociar un acuerdo privado. Asimismo menciona el fax que "Personal de Ezeta los aguardará en el hall de entrada para acompañarlos a la sala de reuniones." En dicho fax se adjunta el acta de entendimiento a discutirse en la reunión (fs. 12/15).
75. Es interesante destacar que si bien en el acta se menciona como sede la Secretaría de Industria y Comercio de la República Argentina, no se menciona ninguna iniciativa del Estado argentino para llevar a cabo tal reunión, sino que el único considerando menciona el Acuerdo de Principios de la Declaración Conjunta SINAPER - CAFHIM y que la reunión es con "...el propósito de alcanzar un entendimiento privado frente a una situación de desequilibrio comercial existente..." (fs.14). Finalmente, en Nota 1 del Acta se deja expresa mención de que el funcionario presente solicita que su nombre no figure.



76. En sentido similar el vicepresidente de EZETA, el Sr. Claudio Speranza, en audiencia testimonial de fs. 53 manifestó que la reunión se llevó a cabo en el 2º piso del edificio de la Secretaría de Industria y Comercio y que participaron de la reunión representantes de las empresas involucradas y "...otra gente que no conocía, pero que uno de ellos dijo ser del ministerio pero que no se podía identificar porque ellos asumían una papel de gestores o huéspedes, pero no querían influir en la decisión de la reunión. Ellos prestaban el lugar...". En esa misma testimonial, el Sr. Speranza manifiesta que vía la Cámara comienzan los reclamos sectoriales ante el Estado y que así llegaron a la Lic. Paglieri. Continúa diciendo que las Cámaras invitaron a las partes a acordar y que con este antecedente y sabiendo de la existencia de acuerdos en el caso del papel y siderurgia le pidieron ayuda a la Lic. Paglieri.(fs. 54)
77. De la audiencia testimonial tomada a la Lic. Beatriz Paglieri (fs.61) surge que ella tuvo contacto con un representante de la empresa EZETA en el marco de una feria y exposición de máquinas Herramientas. En aquella oportunidad ese representante le manifestó que lo iban a visitar empresarios brasileños para realizar reuniones de trabajo para llegar a un acuerdo sectorial.
78. Posteriormente, la Lic. Paglieri manifestó que EZETA invitó a participar de la reunión a la Dirección que ella tenía a su cargo, pero que no concurrió porque no tenía competencia para ello. Asimismo, manifestó saber de la existencia de esa reunión en uno de los salones del 4º piso de la Secretaría de Industria y Comercio, pero que no supo de qué se trató. Agregó que el personal administrativo de su dirección realizó los trámites para facilitarles el lugar y que esa instrucción la había dado ella. La reunión había sido estrictamente privada y sólo se les facilitó el salón. Finalmente, a la pregunta de si quería agregar algo respondió que facilitó el salón como parte de las competencias de su Dirección en la promoción de exportaciones con motivo de la exposición de máquinas y herramientas, y textualmente agregó que "...pareciera que hubo un acuerdo de precios y cupos que nunca existió en el marco de lo previsto por los reglamentos de la Organización Mundial del Comercio".
79. De la audiencia testimonial celebrada con el Presidente de CAFHIM (fs.218), el Sr. Julio Cordero, surge que la reunión en la Secretaría de Industria y Comercio se llevó



a cabo a instancia de la Lic. Paglieri pero que de la Secretaría no había participado ningún funcionario. Asimismo manifestó que la finalidad de la reunión era "...generar un acuerdo al estilo de los acuerdos celebrados en otros sectores, para evitar acciones antidumping contra los productos de Brasil, y que esto es un procedimiento habitual y legal...".

80. En este sentido el denunciante, a fs. 220 folio 2, manifestó que no se trata de un procedimiento habitual y legal, y que por el contrario este tipo de acuerdo atenta contra la ley 24245 (Acuerdo Relativo a la aplicación de VI del Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio). Más específicamente explica que el único compromiso posible de precios es aquel que debe ser presentado por el exportador al Estado parte de la empresa efectada previa a la determinación positiva de la existencia de dumping, cuestión que así ocurrió el 30 de mayo de 2002 donde el Ministerio de la Producción, por Resolución 7/2002, dio por aceptado el compromiso ofrecido por los productores brasileños.
81. En conclusión, de acuerdo a los elementos obrantes en el expediente y que fueran aquí detalladamente expresados, no puede invocarse que la celebración del acuerdo que impulsaba EZETA fuera avalada por el Estado argentino. Queda de manifiesto que las empresas participantes de la reunión lo hicieron motivados por el Acuerdo de Principios firmado en el marco de la DECLARACION CONJUNTA SINAPER – CAFHIM. Ello está plasmado en varios de los documentos firmados y reconocidos por el representante de la firma EZETA y el presidente de CAFHIM.
82. De este modo, entiende esta Comisión que la facilitación de un salón en sede de la Secretaría de Industria y Comercio para llevar a cabo la reunión que tuvo lugar el día 31 de mayo de 2000 y la presencia de supuestos funcionarios, los que en ningún caso pudieron ser identificados, no configura un hecho significativo a los fines de determinar la voluntad del Estado argentino por establecer un acuerdo anticompetitivo como el que motivara las presentes actuaciones.
83. En todo caso, la maniobra de facilitación de medios pudo ser la mera iniciativa de un funcionario público con el sólo objeto de responder a un pedido formulado por



una empresa nacional, y que de todos modos la misma reunión se hubiera llevado a cabo en la sede de CAFHIM, como estaba previamente estipulado.

84. Sin embargo, todo ello está muy lejos de justificar la legalidad del accionar de la empresa EZETA por intentar llevar a cabo un acuerdo anticompetitivo. No le quedan dudas a esta Comisión que la conducta llevada a cabo por EZETA es ilegal y contraria a la Ley de Defensa de la Competencia.
85. Para finalizar, entiende esta Comisión que en ningún caso se puede justificar el accionar de una empresa tendiente a llevar a cabo un acuerdo anticompetitivo contrario a la Ley de Defensa de la Competencia, y menos aún si dicho acuerdo no tiene un sustento legal amparado en otra normativa. De tenerlo, no transformaría antijurídica la conducta anticompetitiva típica con la consiguiente ausencia de reproche legal desde la perspectiva de la Ley de Defensa de la Competencia.
86. La ilegalidad absoluta del acuerdo implica la inexistencia del control estatal sobre él, por lo que todo lo que se acuerde entre competidores bien podría superar los límites de razonabilidad para resolver aún una causa noble como lo es la desventajosa situación coyuntural artificial (producto de una depreciación monetaria) de una empresa nacional frente a sus competidores regionales.

VI. LA MULTA

87. El artículo 46, inciso b) de la Ley N° 25.156 establece que los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el artículo 13 del Capítulo III, serán sancionados con una multa la que se graduará en base a: "1) La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2) El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3) El valor de los activos involucrados de las personas indicadas ..., al momento en que se cometió la violación.....".
88. Por su parte el artículo 49 dispone que en la imposición de multas, esta Comisión Nacional debe considerar "la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia



o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica"; mientras que el artículo 47 establece "Las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aún cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz."

89. En particular, en el presente caso se tienen como elementos a considerar la gravedad de la infracción; la intencionalidad del autor, en este caso EZETA S.A.; su participación en el mercado; y, como se ha señalado, el hecho de que la conducta imputada quedó en grado de tentativa.

90. Cabe señalar que el artículo 42 del Código Penal, de aplicación supletoria en las presentes actuaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 25.156, establece "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44"; mientras que el artículo 44 dispone "La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad." La interpretación que del mencionado texto legal ha realizado nuestra doctrina es que "la pena conminada en abstracto para el delito consumado de que se trate, deberá disminuirse en un tercio del mínimo y la mitad del máximo"¹

91. En lo que respecta a la gravedad de la infracción, es dable destacar que actualmente existe un sólido consenso en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional en cuanto a que el reparto concertado de mercados o de clientela y/o la fijación concertada de precios entre competidores, así como también la colusión entre oferentes en licitaciones, conforman un subconjunto de conductas restrictivas de la competencia que tienen como único efecto posible y probable la distorsión de la asignación eficiente de los recursos y el perjuicio del bienestar general, al traducirse en mayores precios y/o en restricciones de los volúmenes disponibles de los bienes o servicios en cuestión.

¹ Cfr. Núñez; Eugenio Zaffaroni "Teoría de la Coerción Penal. Determinación de la Pena", pág. 708.



92. A título ejemplificativo puede mencionarse que en algunas legislaciones esas conductas se encuentran prohibidas "per se" y constituyen un delito, siendo por tanto de naturaleza criminal, como es el caso de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Similarmente, la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia vigente hasta la sanción de la Ley 25.156, si bien no prohibía "per se" los carteles, si los calificaba como delitos.
93. Asimismo, corresponde informar que, recientemente en el marco de discusiones especializadas en la materia², se ha acuñado la expresión "carteles intrínsecamente nocivos" como traducción al español de la tipificación de "hardcore cartels", para enfatizar el daño provocado por los tres tipos de acuerdos entre competidores referidos y distinguirlos de otros tipos de acuerdos por los cuales las empresas instrumentan formas de cooperación que potencialmente pueden mejorar el bienestar social (tales como acuerdos para el desarrollo conjunto de actividades de investigación y desarrollo).
94. Finalmente, y en el caso particular de las presentes actuaciones, corresponde realizar una consideración adicional en relación a la gravedad de la concertación en grado de tentativa acreditada en autos.
95. Los distintos organismos e instituciones intergubernamentales, tales como la Organización Mundial del Comercio - Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Políticas de Competencia -, crecientemente advierten sobre los distintos tipos de prácticas empresarias de indole privada que pueden distorsionar las políticas de liberalización comercial acordadas y administradas por los gobiernos, entre las cuales destacan primordialmente el accionar de los carteles intrínsecamente nocivos de naturaleza internacional o transfronteriza, por cuanto tienen la capacidad

² La expresión "hardcore cartels" se difundió a partir del documento emitido en 1998 por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) a instancias de su Comité sobre Defensa de la Competencia ("Recommendation on Effective Action Concerning Hardcore Cartels"). Desde entonces varios organismos internacionales han acompañado esta visión, especialmente la Organización Mundial del Comercio, quien ha recogido el interés de todos sus países miembros de alentar la sanción de este tipo de prácticas en el párrafo 25 de la Declaración Ministerial de Doha (noviembre de 2001).



- de socavar los beneficios que los gobiernos esperan obtener de la liberalización comercial, sea esta unilateral o negociadamente decidida³.
96. En este sentido, la tentativa de concertación acreditada en autos, tanto de precios de mechas y brocas en territorio de la República Argentina, como de los volúmenes a comercializar, de haberse llevado efectivamente a cabo no sólo hubiera tenido como efecto directo el perjuicio del interés económico general en la forma de mayores precios y menores volúmenes disponibles en nuestro país, sino también que hubiera distorsionado los flujos del intercambio entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil.
97. En lo que hace a los indicios de intencionalidad, basta remitirse a lo detallado en los puntos V.2 y V.3 del presente dictamen que demuestran sobradamente el intento de llevar a cabo la conducta sancionada. Más aún, del testimonio del Sr. Speranza (fs.53/54) se desprende la siguiente manifestación que patentiza la voluntad de llevar a cabo un acuerdo entre competidores: "El objetivo de la reunión realizada era lograr un acuerdo de comercio administrado, por supuesto que en la reunión pudo haberse mencionado algo de precios porque es inevitable, entre clientes y proveedores como estas industrias han sido entre sí,...."
98. Respecto a la participación de mercado de EZETA S.A. es menester mencionar que esta empresa ha sido la única de origen nacional que producía el producto en cuestión en el período investigado.
99. En lo que se refiere a la capacidad de pago de EZETA S.A., en función del balance contable del año 2002 de la empresa agregado a fs. 253/255, esta Comisión Nacional pudo corroborar que la firma tuvo un patrimonio neto de \$ 7.108.954 (PESOS SIETE MILLONES CIENTO OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO); y ventas anuales por \$ 3.588.983. (PESOS TRES

³ Cf. Organización Mundial del Comercio, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Políticas de Competencia: "Provisions on Hardcore Cartels. Background Note by the Secretariat", Ginebra 20 de junio de 2002. WT/WGTCP/W/191.



MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES).

100. Por las consideraciones precedentes, y atento a que la conducta anticompetitiva llevada a cabo por EZETA S.A. permaneció en grado de tentativa, lo que como se indicó atenúa la sanción a imponer, esta Comisión Nacional considera oportuno establecer una sanción de multa de \$ 40.000 (PESOS CUARENTA MIL).

VI. CONCLUSIONES

101. Por todo lo expuesto en el presente dictamen, esta Comisión Nacional entiende que, de no haber quedado en grado de tentativa el acuerdo organizado por EZETA, la consumación del mismo habría generado un grave perjuicio al interés económico general en los términos del artículo 1 de la Ley N° 25.156.
102. Debido a ello, esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al Sr. SECRETARIO DE COORDINACION TECNICA imponer a EZETA S.A., en su carácter de autora en grado de tentativa de la conducta de acuerdo de precios y cantidades en el mercado argentino de mechas y brocas, una sanción de multa fijada en la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000), de acuerdo a lo establecido en los artículos 46, inciso b), 47, 49, 56 de la Ley N° 25.156 y 44 del Código Penal.


DR. MAURICIO BUTERA
VOCAL