

OPINIÓN TÉCNICA

DIRECCION TÉCNICA. COMISIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA. Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, 15 de junio de 2022.

VISTA: La solicitud de Opinión, presentada en fecha 10 de mayo de 2022, ante la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (la Comisión o CDPC), por la Abogada Alexa Soto Turcios, actuando en su condición de Apoderada Legal de la sociedad mercantil Ultracem Honduras S. A. de C. V., (UH) y quien, en el escrito inicial, dispuso delegar el poder con que actúa, en la abogada Gabriela María Rodríguez Moncada, a efecto de que ésta continúe con las diligencias que correspondan, para que la Comisión emita una opinión o recomendación e investigación sobre la compra de materia prima que su representada pretende hacer a la empresa Cementos del Norte (Cenosa).

Aquí cabe destacar que entre los fines comerciales de la solicitante (la sociedad mercantil UH), están: comprar, producir, vender, permutar, comerciar, distribuir, importar, exportar, transformar cualquier tipo de cemento, concreto, prefabricado, Clinker, materiales de construcción, minerales como arcillas, caliza, arena, yeso, agregados entre otros, minerales metálicos como hierro oro, plata, entre otros.

El giro comercial de Ultracem Honduras abarca también los actos de negociar en la industria del cemento y en la industria minera, a nivel nacional e internacional, la explotación de dicha industria y la producción de ésta; así como el estudio, la exploración y explotación de toda clase de minerales aplicables a la industria.

En ese sentido y en atención a la providencia de fecha 12 de mayo de 2022, en la que se solicita a las unidades técnicas de la CDPC, emitan el dictamen o informe que corresponda; esta Dirección Legal se pronuncia en los términos siguientes:

I. SOBRE LA CONSULTA PLANTEADA.

1. La solicitud presentada por la sociedad UH, pretende, básicamente, que la Comisión o CDPC, emita una opinión o recomendación e investigación sobre la viabilidad de que Cenosa y UH celebren un arreglo o contrato de suministro de materia prima, a propósito de los impases que actualmente se presentan en el mercado internacional. Específicamente, Ultracem Honduras, aduce que enfrentan un problema en el servicio de transporte o traslado de materias

- primas. En la solicitud en cuestión UH dice que esa situación ha redundado en atrasos y encarecimiento de dicho servicio.
2. UH expone que el impase o problema arriba enunciado, se debe: por una parte, a la pandemia producida por el virus Covid-19 y sus distintas variantes; y, por otra, al impacto del conflicto bélico internacional en Europa (vale decir, la guerra entre Rusia y Ucrania).
 3. Ante a esa situación, UH declara haber realizado contactos con la empresa Cenosa, para proponerle la posibilidad de un negocio mercantil, a fin de que éste le suministre la materia prima necesaria para la elaboración o fabricación de cemento y derivados. Se aclara que una relación comercial entre UH y Cenosa, equivale a un arreglo mercantil de competidores entre sí, con respecto al producto final.
 4. En la solicitud, UH expresa que desde el inicio de sus operaciones en Honduras (2018) y hasta la fecha, ha cumplido a cabalidad con las disposiciones de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley o Ley de Competencia). Ultracem Honduras aduce que con su participación ha provocado un efecto positivo en el mercado hondureño. Específicamente, asevera que, en materia de competencia, ha generado un equilibrio en el mercado.
 5. En más, indica que en aras de preservar ese equilibrio de mercado; así como, los de garantizar la operación de UH y el acceso de los consumidores a productos variados, se ha visto en la necesidad de buscar otras opciones de suministro. UH infiere que el arreglo o contrato que pretende celebrar con la empresa rival en el producto final, no constituye una repartición del mercado o clientela; ni una restricción o disminución en la producción nacional. Dice además, que la propuesta de negocio entre UH y Cenosa, no infringe los criterios de eficiencia, economía y bienestar del consumidor.
 6. En suma, Ultracem Honduras alega que el pretendido negocio mercantil (la suscripción del contrato de suministro de materia prima o fuentes aprovisionamiento) entre ambos competidores es legítima y no viola los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley. En más, UH declara que, la posibilidad de llevar a cabo ese arreglo comercial entre ambos, debe tomarse en consideración, por parte de la CDPC, ya que la Ley no señala, expresamente, una disposición que

prohíba dichos contratos u operaciones. Alega, que la acción de suscribir ese contrato, no se subsume en el artículo 5 de la Ley, relativa a las prácticas restrictivas prohibidas por su naturaleza.

II. SOBRE LOS PRINCIPIOS MÍNIMOS DE QUE INFORMA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.

El ordenamiento jurídico que rige la materia, informa de principios razonables, transparentes y modernos para regular el ejercicio de la libre competencia. En particular, cabe resaltar las disposiciones siguientes:

1. Que la Ley de Competencia, tiene como objetivo promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, con el fin de procurar el funcionamiento eficiente del mercado y el bienestar del consumidor.
2. Que la defensa contra los comportamientos anticompetitivos, se puede ejercer mediante los siguientes instrumentos:
 - a) El procedimiento de un control *ex ante* de las concentraciones económicas. Esto significa que, por parte de los agentes económicos que se fusionan o se concentran, se debe cumplir con el requisito de una notificación previa obligatoria de dichas operaciones;
 - b) El procedimiento sancionatorio, contra las prácticas prohibidas por su naturaleza, prescritas en el artículo 5 de la Ley. Este tipo de prácticas se realiza entre competidores entre sí (denominadas conductas horizontales);
y,
 - c) Contra las prácticas prohibidas, por su efecto, éstas están contenidas en el artículo 7 de la Ley. En este tipo de conductas se presenta un abuso del agente económico que ostenta una participación notable de mercado, una posición dominante o un poder de mercado, según como está previsto en los diversos ordenamientos (denominadas prácticas verticales).
3. La Comisión, para cumplir con dicho objetivo, deviene en la obligación de procurar que existan las condiciones para que cualquier agente económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de participar del mercado, y quienes están dentro de él no tengan la posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio que afecte el funcionamiento eficiente del mercado.

4. En consonancia con esos propósitos, en la Ley se establece que las disposiciones que rigen a la libre competencia son de Orden Público y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones comerciales, siendo aplicable dicho ordenamiento jurídico a todas las áreas de la actividad económica, aun cuando se encuentren reguladas por leyes especiales, reglamentos o resoluciones.

III. SOBRE ALGUNOS CRITERIOS E INDICIOS QUE CONSIDERA LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN EN LA VALORACIÓN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA.

En principio se puede prever que los acuerdos de cooperación horizontal, sea que implique una reducción o eliminación de un competidor; o de colaboración entre competidores entre sí: Por ejemplo, la realización de contratos de suministro o fuentes de aprovisionamiento, aumentan la probabilidad de prácticas restrictivas y prohibidas de la libre competencia.

La evidencia empírica y la jurisprudencia muestran que los agentes involucrados en este tipo de arreglos comerciales logran resultados rentables mediante una colaboración conjunta. Es decir, se facilita la colusión entre las empresas participantes, y aumenta el poder de mercado de los agentes económicos involucrados respecto a los productos finales.

No obstante lo anterior, también en este tipo de arreglos o contratos de coordinación conjunta, se presenta la posibilidad de conductas proclives a abusos de dependencia económica en la que puedan encontrarse las empresas clientes. Cuando ello ocurre, generalmente, los costos de transacción para resolver el contrato, una vez suscrito, son bastante onerosos. Vale indicar, que en la mayoría de los casos, la libertad de la empresa demandante, respecto a su disposición de contar con opciones equivalentes para el ejercicio de su actividad, se ve limitada o disminuida (aquí se incluye, entre otras barreras, lo relativo a las cuotas o cantidades del insumo y la cláusula de duración del contrato).

De ahí que sea oportuno hacer notar que la participación notable de mercado o posición dominante equivale a una situación de poder económico. Este poder le otorga al agente económico una capacidad de actuación unilateral en las relaciones de intercambio, con independencia de clientes o competidores. Prácticamente, se ostenta la capacidad o el poder de entorpecer el mantenimiento de una

competencia efectiva en el mercado; y, en definitiva, poner en riesgo el bienestar de los consumidores.

Así pues, junto con las razones antes expuestas, se precisa también citar otros fundamentos importantes, como por ejemplo, los precedentes relevantes con que se cuenta, para exhibir las distorsiones que causa este tipo de acuerdos a la libre competencia.

En ese sentido, se aclara que frente a cualesquiera casos que tengan relación con este tipo arreglos suscrito entre competidores, existe una alta probabilidad de que se instruyan los procedimientos sancionatorios contra la realización de prácticas anticompetitivas. Entre otros elementos de convicción, resulta pertinente tomar en consideración, aquellos que han servido de indicios inequívocos, para la realización de prácticas restrictivas a la competencia en los distintos mercados. A continuación se detallan los siguientes:

1. La existencia de antecedentes administrativos y judiciales, sobre prácticas o arreglos relacionados con esta clase de comportamientos restrictivos a la libre competencia.

Aquí, cabe citar una situación similar a la cuestión consultada. Específicamente, un contrato de suministro de Clinker suscrito entre Cenosa y Lafarge Cementos. Éste fue incluido, como prueba, en la investigación de las prácticas restrictivas y prohibidas por su naturaleza realizada contra los agentes económicos relacionados. En la decisión final, la Comisión resolvió ordenar el cese de dicha relación comercial suscrita entre ambos competidores. Luego, en sede judicial, los tribunales de la república confirmaron y sancionaron dicho contrato. Se advierte que lo resuelto tiene **carácter de cosa juzgada**.

2. El hecho de utilizar este tipo de relaciones comerciales (los contratos de suministro), como artillugio o escenario propicio para que los competidores entre sí o competidores potenciales, puedan promover canales de comunicación y espacios para sostener reuniones y celebrar acuerdos o crear mecanismos, con el fin de fomentar arreglos entre éstos, para falsear los principios y procedimientos de la libre competencia; o con el objeto o efecto de realizar prácticas o conductas prohibidas.



En consonancia con ello, la Comisión a fin de corregir las prácticas restrictivas y prohibidas en ese momento, y de prevenir a futuro, la realización de comportamientos anticompetitivos, les impuso a los involucrados en la citada infracción la obligación de abstenerse de:

a) Utilizar a la Fundación Instituto del Cemento como canal de comunicación y local de reuniones, para celebrar acuerdos y falsear los principios y procedimientos de libre competencia. Esa medida, que impuso la CDPC a favor de la competencia, también fue confirmada en la vía judicial¹.

b) Participar en reuniones con cualesquiera instituciones del Estado, que tengan por objeto o efecto la convención de acuerdos, arreglos o medidas, escritas o verbales, relacionadas con regulaciones o establecimiento de precios para el mercado; así como, las relativas a las relaciones comerciales con el Estado, efectuadas mediante ofertas o propuestas de precios y cantidades de sus productos, al margen o en contra de los procedimientos que prescribe la legislación para las compras gubernamentales.

Se reitera la advertencia, que lo resuelto sobre la obligación de abstenerse en estos dos puntos expuestos, también tiene el **carácter de cosa juzgada**.

3. El hecho de que se utilice este tipo de acuerdos horizontales para servirse de las condiciones que favorecen los términos de la coordinación, permite inferir que se puede obtener el máximo beneficio si se aprovecha la homogeneidad que caracteriza al producto final, así como la estandarización de precios del producto y el acceso a la información, tanto del mercado como de las firmas rivales.

4. El hecho de que en este tipo de relaciones comerciales, por un lado, se incluyan incentivos para cumplir con los términos de la coordinación (obtener algo en beneficio propio, a costa de restricciones a la competencia con respecto a los intercambios del producto final) y, por otro, el que se impongan castigos en caso de desviaciones.

¹ En aquellos tiempos, los agentes económicos investigados, a través de la Fundación Instituto del Cemento, dirigían cartas al Secretario de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI), para comunicarle el resultado de la conducta coordinada. Estos amparaban su conducta coordinada, en lo que denominaban: "estabilización de precios". En breve, ese mecanismo institucional, se utilizó, para fijar los precios y repartirse un cliente particular (SOPTRAVI); sustituyendo así, la competencia razonable que se esperaba a través de los procesos de licitación con respecto a las compras del gobierno.

5. El número reducido de participantes en el mercado relevante (un mercado oligopólico).
6. El hecho de que los competidores deriven su actividad o prácticas por medio de medidas o disposiciones legales o administrativas.
7. El hecho de que el mercado se comporte en apariencia como un mercado regulado. Cuando en realidad las medidas administrativas que emitió el Poder Ejecutivo era con el objetivo de corregir los abusos y la fijación de precios que los agentes económicos establecían mediante arreglos coordinados.

IV. CONCLUSIONES

1. Que en vista de los antecedentes notoriamente conocidos, y que dicen relación con una estructura oligopólica del sector, proclive a utilizar medidas o disposiciones legales o administrativas sea para consolidar la estructura de arreglos coordinados o de un liderazgo empresarial dominante, o para aumentar los riesgos de que se reincida en la realización de prácticas o arreglos anticompetitivos, es que no resulta procedente recomendar, incentivar o validar este tipo de operación mercantil, como la planteada en el consulta que nos ocupa.
2. Que no está de más, el llamado de atención, para que se considere como advertencia, que el conocimiento de indicios similares o nuevos hechos ligados a cualquier cargo sobre prácticas restrictivas a la libre competencia que hayan sido objeto de sanción, pueden, oportunamente, investigarse y sancionarse, sea que se trate de casos de reincidencia o de nuevas infracciones a la Ley. En ese sentido, la Comisión puede, oportunamente, investigar y aplicar los procedimientos, desde el momento en que se haya tenido conocimiento sobre la existencia de prácticas o conductas restrictivas, iguales o similares, a un cargo o a hechos restrictivos de la competencia, como los anteriormente sancionados. Incluyendo cualquier otro acto o negociaciones inminentes que pretendan disminuir, evadir o falsear la libre competencia, según sea el caso.

3. Que las opiniones que emita la Comisión en materia de aplicación de la Ley, siempre se dictan en función de proteger y defender la competencia, y no a un competidor o competidores particulares. Se aclara que la Comisión no tiene

facultades para validar o autorizar arreglos comerciales a favor de uno o varios agentes económicos; en particular, los que pongan en riesgo o dañen el proceso de libre competencia. Sobre todo, cuando ese tipo operaciones mercantiles ya ha sido objeto de sanción por ser anticompetitivo o restrictivo de la competencia.

V. OTRAS CONSIDERACIONES

Ahora bien, ante los elementos y fundamentos expresados anteriormente, cabe preguntarse ¿Será que hay posibilidad de hacer negocios por el lado del suministro o fuentes de aprovisionamiento de materia prima en el mercado nacional?

En principio vale reiterar que, si se trata de arreglos restrictivos de la competencia, entre competidores entre sí, como lo resuelto en el caso del contrato de suministro de Clinker suscrito entre Cenosa y Lafarge Cementos, la respuesta es NO, ya que es cosa juzgada.

No obstante, y sin perjuicio de las medidas administrativas y sanciones recaídas sobre este tipo de arreglos comerciales; con el hecho de que hayan nuevas empresas participantes en el mercado del cemento, aunado a los impases que se observan en el mercado internacional, resulta factible la oportunidad de realizar un estudio económico sectorial, donde se pueda examinar la estructura y el funcionamiento del mercado. Ello, sin duda, requiere que haya una apertura total y transparente de todos los agentes involucrados en dicho sector, para proporcionar la información necesaria y suficiente para dicho estudio sectorial.

Bajo esa perspectiva, puede decirse, que si se cuenta con la colaboración de todos los participantes, es razonable esperar que de un estudio económico sectorial resulten variados y diversos hallazgos.

En particular: conclusiones sobre las principales variables que inciden sobre la oferta y la demanda del bien o servicio; los agentes económicos relevantes de los diferentes mercados en la cadena de comercialización, y el diagnóstico sobre las condiciones de competencia en dicho mercado. Incluyendo, las hipótesis sobre el efecto positivo, esto es, el denominado equilibrio en el mercado, que Ultracem Honduras dice ha provocado en dicho sector; así como la posibilidad de que se exploren opciones o, una alternativa viable, para que este tipo de suministro o fuentes

aprovisionamiento de materia prima, pueda ofrecerse en el mercado, sin que ello implique hacer acuerdos horizontales o arreglos entre competidores entre sí...

Que en vista que la solicitud en cuestión, versa sobre materia de aplicación de la normativa vigente, esta opinión se emite a tenor de lo establecido en el artículo 80 del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.



530000

<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	COMISION PARA LA DEFENSA Y PROMOCION DE LA COMPETENCIA
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
17 JUN 2022		
HORA: 15:50 a.m.		
RECIDIDO: Juan C. Lanze		

