

**RESOLUCIÓN NÚMERO 022-CDPC-2010-AÑO-V.- COMISIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.-** Sesión Ordinaria del Pleno número **39-2010.-** Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, seis de octubre del año dos mil diez.

**VISTO:** para resolver el expediente número **043-PIO-1-2008** contentivo del Procedimiento de Investigación en el mercado de cementos, instruido de oficio, mediante Resolución Número 06-CDPC-AÑO-V-2010, en la que se ordenó el Procedimiento para Sancionar las Prácticas, Actos y Conductas Prohibidas contra las sociedades investigadas en la industria del cemento, a efecto de investigar la existencia y la presunta responsabilidad de los agentes económicos involucrados en las prácticas prohibidas por su naturaleza, establecidas en el artículo 5 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley), específicamente, las prescritas en los numerales: 1) relativo a: “Establecer precios, tarifas o descuentos”; y 3) relacionado con: “Repartirse directa o indirectamente el mercado en áreas territoriales, clientela, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento”.

Sociedad Investigada. **Cementos del Norte, Sociedad Anónima (CENOSA).** Sociedad mercantil constituida mediante Testimonio de Escritura Pública número 39, autorizada por el Notario José Antonio Fernández en fecha 2 de julio de 1992, e inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil bajo el asiento número 52 del tomo 139 en la ciudad de San Pedro Sula. La actividad principal de dicha sociedad es la de funcionar y explotar toda clase de fabricas de cemento, sus derivados y de los productos que del cemento se fabriquen; la venta, distribución, exportación e importación de los mismos.

Sociedad Investigada. **Lafarge Cementos, Sociedad Anónima de Capital Variable (Lafarge Cementos).** Sociedad constituida mediante Testimonio de Escritura Pública número 26, autorizada por el Notario Roberto Pacheco Reyes a los diez días del mes de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975), con inscripción en el Registro Público de Comercio bajo el asiento número 65 (Folios 233 al 244) del Tomo 92; dedicándose a las actividades de la Industria cementera, principales, derivadas o conexas, en las que se incluyen, la producción en sus diversas clases, la explotación, la comercialización y transportación del cemento, sus derivados y cualquier otro material de construcción.

**CONSIDERANDO (1):** Que la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (en lo sucesivo la Comisión) según el ordenamiento jurídico que rige la materia tiene, entre sus funciones y atribuciones, investigar de oficio o a instancia de parte, la existencia de prácticas o conductas prohibidas por la Ley, así como tomar las medidas que sean necesarias para que estas prácticas o conductas cesen y aplicar las sanciones que correspondan (artículo 34 numeral 2 de la Ley). En consonancia con dicha disposición legal, en el expediente de mérito constan entre otros aspectos procedimentales, los siguientes:

1. Que de conformidad con el ordenamiento legal, la Comisión en fecha 11 de enero de 2008 ordenó, de oficio, la apertura del expediente de investigación preliminar y el requerimiento de información a los agentes económicos involucrados, con el objeto de investigar supuestas “Prácticas Restrictivas y Prohibidas por su Naturaleza”, establecidas en el artículo 5 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, en el que se prohíben los contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos entre agentes económicos competidores o competidores potenciales, escritos o verbales, cuyo objeto o efecto fundamental sea cualquiera de los cuatro tipos de comportamientos que se describen en dicha disposición legal.

2. Durante el proceso de la investigación preliminar se realizaron varias entrevistas con los agentes económicos involucrados. Todas las diligencias se celebraron con estricto apego a los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento. Se solicitó información sobre las actividades comerciales que ejercitan las empresas. Incluyendo la práctica de inspecciones en las instalaciones de los agentes económicos investigados, a fin de conocer los procesos de producción del cemento. En breve, a través de dichas diligencias se obtuvo información relativa al proceso de producción del cemento, a los costos que requieren las respectivas decisiones de producción, así como de información sobre las variables y los factores más relevantes que inciden en el incremento de los costos de producción del cemento. En ese mismo acto se les requirió la exhibición de algunos documentos adicionales necesarios para respaldar los datos de la investigación en cuestión.
3. En fecha 18 de abril de 2008 el Pleno de la Comisión resolvió declarar sin lugar la solicitud de confidencialidad sobre información presentada por la sociedad mercantil Lafarge Cementos en fecha 20 de febrero de 2008 (folio 209).
4. Que en virtud de los resultados derivados de la Investigación Preliminar, se constató la existencia de suficientes elementos e indicios sobre la supuesta realización de prácticas concertadas relacionadas con la fijación de precios y el reparto del mercado, por parte de las sociedades mercantiles Cementos del Norte, S. A. y Lafarge Cementos, S. A. de C. V..
5. Tomando en consideración, entre otros aspectos, el análisis derivado del Informe Preliminar, la Comisión mediante Resolución 06-CDPC-AÑO-V-2010 de fecha 12 de marzo del 2010 ordenó el inicio de los Procedimientos para Sancionar las Prácticas, Actos y Conductas Prohibidas, así como para Exigir Información. En dicho acto administrativo, debidamente motivado y con la fundamentación jurídica y económica requerida, la Comisión formuló a las empresas CENOSA y Lafarge Cementos un pliego de cargos contenido de los hechos imputados.
6. Entre los indicios o hechos bases, contenido en la Resolución No. 06-CDPC-AÑO-V-2010, y que sirvieron de soporte para la imputación de los mencionados cargos, se destacan los siguientes:
  - a) Existe una similitud o mínimas diferencias de precios a lo largo del período analizado, con variaciones realizadas al mismo tiempo (comportamiento paralelo), fenómeno que no puede ser explicado sobre la base de estrategias basadas en un marco de libre competencia. En efecto, no se puede explicar económicamente cómo la empresa más eficiente (en este caso Lafarge-Cementos), con mayor capacidad instalada hasta el 2008 (13% más que la de su competencia) y costos unitarios de producción distintos (14.17% menos para el año 2007) puede tener precios similares o mínimas diferencias (inferiores en un 1%) a los de su competidor.
  - b) Igual comportamiento se observó en los precios FOB de la bolsa de cemento de 42.5 Kg., aún y cuando la empresa CENOSA, a inicios del 2009, incrementó su capacidad productiva en un 150%, por lo que es válido suponer la existencia de algunas ventajas de ésta con respecto a su competidor, en la disputa de un mayor mercado, mediante estrategias agresivas en precios. Aquí, es oportuno citar las declaraciones ofrecidas por los ejecutivos de la empresa CENOSA, en los medios de comunicación social, con respecto a la ampliación de la capacidad productiva de la empresa, en el sentido de que ésta traería beneficios que se reflejarían en precios más bajos al consumidor; sin embargo, se observó que el comportamiento de los precios no sufrió ninguna variación, es más, se mantuvo la misma política comercial del 2008. En ese contexto, resulta válido inferir o presumir la realización de prácticas

contrarias a la libre competencia, en el sentido de que las acciones individuales contrarias a los propios intereses, no pueden explicarse sino como consecuencia de la intención o el objeto que se persigue, cual es, el de restringir la competencia, a través, del cumplimiento parcial de un plan concertado que beneficie a los participantes del mercado de la producción de cemento.

- c) El análisis de los criterios de valoración de existencia de prácticas restrictivas prohibidas por su naturaleza enunciadas en el artículo 4 del Reglamento de la Ley indica que, las empresas han optado por sustituir los riesgos de una competencia mediante el uso de una concertación de precios, en algunos casos, avaladas por el Gobierno, lo que ha producido que en el mercado se observe una tendencia a la cartelización cuando éste no interviene en la fijación del precio. En efecto se puede observar que cuando el Gobierno no interviene en la fijación del precio, las empresas optan por aplicar al mismo tiempo variaciones en el precio de aproximadamente cinco centavos de dólar menos (más) del precio FOB de la empresa con mayores (menores) costos unitarios.
  - d) La estructura oligopólica de la industria, evidenciada en las dos empresas participantes del mercado, en teoría y en la práctica, es proclive a facilitar arreglos o comportamientos de tipo colusorio, sobre todo, cuando se observa el mantenimiento de un mercado natural para cada participante, el que no se justifica, desde una perspectiva económica, ya que, las capacidades ociosas, la diferencia en la estructura de costos y el tamaño de las plantas, debiera provocar una estrategia individual que permita aprovechar esas ventajas, y con ello, obligar a la competidora a ser más eficiente en su proceso productivo, de tal modo, que se refleje en un beneficio neto total superior al que se observa en la actualidad.
  - e) El desempeño de la industria derivado de un precio determinado por la oferta, puede presumirse que obedece a una estrategia de colaboración tácita de no agresión comercial en los períodos donde el Gobierno no interviene para fijar el precio, lo que ha permitido que las eficiencias obtenidas por una de las empresas participantes en el mercado no hayan sido trasladadas al consumidor final, y en cambio si hayan servido para aumentar la rentabilidad de la misma, la que a su vez ha garantizado la rentabilidad de la otra empresa a pesar de tener costos más elevados. Más aún, esa práctica de determinar el precio, concertadamente, por parte de la oferta, en algunas oportunidades, también ha obedecido a arreglos o acuerdos respaldados por el Gobierno a través de la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio.
  - f) Es válido advertir que, frente a un supuesto arreglo colusorio tácito de repartición geográfica del mercado, en un sistema competitivo la distancia que el producto cemento puede recorrer para estar a disposición de los consumidores, está en función de varios factores, entre ellos, el tamaño de la fábrica, la utilización de la capacidad de producción, los costos de producción, los costos de transporte, y los precios aplicados en cada mercado. En ese sentido, las participaciones de las empresas investigadas en el mercado interno no debieran explicarse bajo el argumento de que ostentan un mercado natural. Es más, del análisis de dichos factores se desprende que no puede justificarse la casi invariable participación de cuotas de mercado que ha tenido cada una de las empresas investigadas en el período o tiempo analizado.
7. El acto administrativo en referencia (Resolución No. 06-CDPC-AÑO-V-2010) fue notificado a las sociedades investigadas en fechas 16 y 22 de abril del año 2010 respectivamente. Aparejado a la notificación de la referida Resolución, también se notificaron las correspondientes providencias resolutorias emitidas en fecha 18 de marzo del dos mil diez, sobre requerimientos de información exigidos a los mencionados agentes económicos involucrados.

8. En fecha 04 de junio de 2010 el Pleno de la Comisión declaró con lugar la solicitud de confidencialidad presentada, en fecha 03 de junio de 2010, por la sociedad mercantil Lafarge Cementos en cuanto a costos de producción por tonelada de cemento, Costo unitario de bolsa de cemento, Punto de equilibrio de ventas, Índice de rentabilidad, Estados financieros de los últimos 5 años, Evolución de los factores de costos 2003-2007, soporte técnico (CD copia electrónica) que contiene los estados financieros 2003 al 2007.
9. En fecha 01 de julio de 2010 el Pleno de la Comisión declaró con lugar otra solicitud de confidencialidad presentada en fecha 30 de junio de 2010, por la sociedad Lafarge Cementos, relacionada con los costos por tonelada de cemento y costo unitario de la bolsa de cemento de 42.5 Kg. para los años 2007, 2008 y 2009.
10. En en fecha 11 de junio de 2010 mediante providencia resolutoria se ordenó la apertura del período probatorio por el término de veinte (20) días hábiles y comunes para las partes. La actividad probatoria practicada por la sociedad Cenosa consistió en lo siguiente:
  - a) *Medio de Prueba Documental:* contenido de a) Fotocopias debidamente autenticadas de diferentes Acuerdos y Decretos emitidos por el Gobierno de la Republica; b) Planes de Incentivos para incrementar ventas para los años 2009 y 2010; c) Artículo publicado en el diario “La República” de Costa Rica con fecha 31 de Octubre de 2005..
  - b) *Medio de Prueba Testifical:* por el cual se tomó la declaración de los señores Juan Carlos Sikaffy Canahuati, Dunia Aracely Gálvez Lemus, Erick Manuel Stefan Saybe; todos ellos distribuidores de Cemento Bijao en la zona centro, sur y oriente del país.
  - c) *Medio de Prueba Inspección:* se inspeccionó en las instalaciones y oficinas de CENOSA, ubicadas en Bijao Cortés, información sobre los planes de incentivos, el precio del flete para la bolsa de cemento y las inversiones realizadas en la planta de producción en los últimos años; también se evacuó una inspección en las oficinas de la Dirección General de Protección al Consumidor dependiente de la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio, para efectos de constatar la existencia de los decretos o cualquier documento relacionado con la fijación de precio del cemento, emitidos por el Gobierno de la República.
11. En el caso de la sociedad Lafarge Cementos, consta en el escrito de contestación presentado en fecha 03 de junio de 2010, que en virtud del carácter meramente analítico de los cargos formulados por la Comisión, y en virtud de haber aportado todos sus argumentos y señalados los documentos en que se basan los mismos, pidió que se tuviera por omitida la proposición y evacuación de otros medios probatorios, adicionales a los identificados en el escrito de contestación.
12. En fecha 23 de julio de 2010, mediante providencias resolutorias la Comisión estableció las fechas 17 y 18 de agosto de 2010, para la celebración de las respectivas Audiencias de Informes Finales de las sociedades investigadas. Las que se celebraron en tiempo y forma.
13. Que en fecha 20 de agosto de 2010, el Pleno de la Comisión como diligencia previa a la emisión de la correspondiente resolución definitiva resolvió remitir el expediente de mérito a la Dirección Técnica, a efecto de que ésta emitiera los dictámenes e informes respectivos.

**CONSIDERANDO (2):** Que en fecha 17 de mayo del 2010 la sociedad Cementos del Norte, S. A. presentó por medio de su Apoderada Legal, Abogada Claribel Medina,

escrito de contestación de los cargos que le fueron formulados a su representada en el presente procedimiento. A manera de resumen, se describen los principales argumentos presentados en el escrito de contestación antes referido:

### **Alegatos de la empresa Cenosa**

1. En primer término, explica que la similitud de precios a que hace referencia la Comisión, comprendida entre mayo del 2003 y Febrero del 2007, obedeció al cumplimiento de órdenes estatales, en específico, los Decretos: 221-2003, 239-2003, Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004, Decreto Ejecutivo No. 014-2005 y Acuerdo del 5 de enero del 2006 firmado con el Sr. Irving Guerrero, Secretario de Estado en los Despachos de Industria y Comercio; actualmente el precio ha sido fijado nuevamente por el gobierno, según acta de compromiso firmada en fecha 11 de Enero del año 2010. Posterior a la intervención estatal, el precio del cemento tuvo incrementos debido a los aumentos de sus costos productivos, entre ellos, Combustibles, Energía Eléctrica y Materias Primas. Manifiesta que los precios del cemento en Honduras son los más bajos en el área centroamericana y que no es cierto que exista una similitud de precios con la competencia, ya que CENOSA para poder introducirse en los mercados, captar nuevos clientes e incrementar sus ventas, da descuentos propios y significativos a distribuidores, mayoristas y clientes, como una estrategia permanente para incrementar sus volúmenes de ventas.
2. Estima que para el año 2009, cuando se puso en marcha la Nueva Línea de Producción, CENOSA no incrementó precios. A pesar de contar con una nueva línea de producción, no se ha logrado bajar los costos de producción debido a que el mercado de cemento en el país se redujo 2% en el 2009 y nuevamente se esta reduciendo 2% para el 2010. Aparejado a lo anterior, la mayoría de los costos del cemento son fijos, por vía de ejemplo, expuso que el horno consume casi la misma cantidad de *petcoke* produciendo 3,000 toneladas que produciendo 2,200 toneladas, por ello se incluye como parte de los costos fijos, una pequeña parte de los costos de mano de obra y los gastos de electricidad, carbón (*petcoke* y *bunker* entre otros); como costos variables se encuentra la electricidad de las trituradoras, las bolsas, algunos repuestos menores, la materia prima y el transporte. Agrega que no se puede olvidar que el préstamo que adquirió CENOSA, debe pagarse en su totalidad y no sobre la capacidad productiva y la posibilidad de venta y de absorción del mercado.
3. Considera que el término cartelización, además de ser temerario y ofensivo, no se ajusta a la política que CENOSA tiene y ha tenido desde su fundación, pues ha quedado evidenciado que cuando el gobierno no interviene, la diferenciación de los precios con la competencia refleja su decidido interés por incrementar su participación en el mercado, aún y cuando, la diferencia fuere de 5 centavos de dólar que a lo largo representa una disminución de sus ingresos de casi doce millones de lempiras anuales. Asimismo, argumenta que a inicios del presente año, cuando la competencia realizó y mantuvo un aumento al precio de la bolsa de cemento por doce lempiras, CENOSA mantuvo sus precios, lo cual permitió atender clientes habituales de la competencia; esto se mantuvo hasta que el Gobierno decidió nuevamente fijar un aumento al precio de venta en un 7%.
4. Asimismo, considera que utilizar el concepto de estructura oligopólica, en este caso no resulta aplicable, en cuanto, a nivel mundial hay más de 500 fabricantes de cemento y éstos tienen la facilidad de participar en el mercado nacional, puesto que en el país no existen barreras fiscales que cohíban dicha participación, creando la imposibilidad de acordar una fijación de precios tácita o real entre CENOSA y los demás participantes. Manifiesta que la fábrica de Cemento Bijao es la que vende el cemento más barato de todo Centroamérica y adicionalmente garantiza el fiel cumplimiento de las Normas Internacionales de Fabricación de Cemento de la Región.

5. Manifiesta que en relación a la supuesta capacidad ociosa de CENOSA, se cometió un “error garrafal” al momento de analizar los datos, puesto que sólo se consideraron las ventas de cemento en bolsa y no las ventas a granel, las cuales representan un 20% de los volúmenes de ventas totales, es más, explica que en el año 2007 establecieron un record de productividad utilizando el 97% de la capacidad productiva instalada, por lo que, la Resolución no puede afirmar capacidad ociosa con estos volúmenes de productividad.
6. Declara que en cuanto a la Repartición Geográfica del mercado, justifica que la diferencia del consumo de cada cemento en los distintos sectores del país no puede atribuirse a una colusión para distribuirse el territorio entre las empresas fabricantes, sino que responde única y exclusivamente al mejor interés y beneficio del consumidor final, tomando en cuenta la ubicación de la planta productora, además, agrega que CENOSA vende su producto en todo el país, y la diferencia en ventas del área de influencia de su fábrica se debe a que los compradores compran su cemento en las instalaciones de la fábrica, en ocasión a que incurren en costos menores al transportar el producto desde ese lugar. Aclara que CENOSA no se ha distribuido el mercado en áreas geográficas con algún agente económico, es más, el producto es vendido a lo largo de todo el país, siendo así, que tiene, desde hace muchos años, distribuidores en Siguatepeque, Choluteca y Tegucigalpa, éstos cubren toda el área Centro, Sur y Oriente del país. A modo de ejemplo, menciona que tal y como lo establece la Comisión en la Resolución Definitiva, CENOSA vende una mayor cantidad de cemento que la competencia en el departamento de Lempira, a pesar de que nuestra fábrica esta más alejada de ese departamento, y caso contrario ocurre en el departamento de Atlántida, donde la presencia de la competencia es mayoritaria, a pesar de que dicho departamento se encuentra más cerca de nuestras instalaciones.
7. Manifiesta en el mismo escrito de contestación, que en Honduras no puede existir repartición de mercados ni colusión, pues los impuestos de importación del cemento son de 0% y los costos de transporte marítimo normalmente son menores que los costos de transporte terrestre. Cualquier persona o comerciante puede importar cemento y competir con las fábricas existentes sin necesidad de realizar grandes inversiones, además afirma, que el cemento no es un producto que carezca de competencia, para el caso, en Honduras todavía se construyen la mayor parte de las carreteras con asfalto y para la construcción de viviendas también se utiliza bloque de arcilla, la piedra, adobe reforzado, la madera, la lámina de zinc y otros materiales que compiten con el bloque de concreto y las láminas de techo de fibrocemento.
8. Expresa que CENOSA ha realizado fuertes inversiones en modernizar, actualizar, y optimizar la planta instalada en respuesta al crecimiento de la industria en el país, y así, poder ser competitiva con cualquier fabricante de cemento a nivel mundial, independientemente del tamaño de la fábrica y de la empresa, asimismo, también ser competitiva con el asfalto y otros materiales.
9. Considera que no es posible que una empresa local como CENOSA pueda impedir la participación en el mercado hondureño de las grandes cementeras transnacionales que se encuentran operando en Centroamérica; la misma Lafarge Cementos no tiene necesidad de establecer acuerdos, pues se encuentra en la capacidad de competir e incluso de traer más inversión al país.
10. Por último, alega que en el mercado del cemento, no puede hablarse de prácticas restrictivas de la competencia, en cuanto existe un riguroso control y participación del Gobierno de la República en la fijación del precio del cemento mediante decretos, sin considerar costos de producción, la ubicación de la planta y otros factores, simplemente justifican esa fijación de precios sobre la base de los intereses del consumidor final o por la importancia del cemento en el desarrollo nacional, fijando un mismo precio para ambas. Por lo tanto, expresa que no es CENOSA la que ha establecido un precio del cemento sino que el Gobierno de la República es el que ha sentado las bases para que el cemento se venda en el

mercado nacional a precios similares y es el Gobierno el que no ha permitido que se coloque este producto en una condición de libre mercado donde pueda beneficiarse al consumidor final, por lo que no puede ahora venir el mismo Estado a calificarnos de conductas restrictivas de la competencia y pretender sancionar a empresas que sólo han seguido los lineamientos que el Estado ha fijado en la producción y venta del cemento.

**CONSIDERANDO (3):** Que en fecha 03 de junio del 2010 la sociedad mercantil Lafarge Cementos, S. A. de C. V. por medio de su apoderado legal el Abogado Víctor Hugo García Ochoa, a quien le fue sustituido el poder, por la Abogada Glenys Xiomara Rivera López, quien ya se había desempeñado como apoderada legal de la sociedad antes referida, presentó escrito de contestación de los cargos que le fueron formulados a dicha sociedad en la resolución 06-CDPC-AÑO-V-2010 emitida por el Pleno de la Comisión. De forma resumida se exponen las argumentaciones y justificaciones elaboradas en el escrito de descargos:

### **Alegatos de Lafarge Cementos**

1. En primer término, expuso que los precios de venta de Lafarge Cementos y sus ajustes posteriores, son realizados en la mayoría de las veces a inicio de cada año. Se declaró que los precios se determinan con base a las expectativas de rentabilidad de los accionistas teniendo en cuenta su inversión, el interés de nuestros clientes hacia nuestros productos y las evoluciones de los costos de producción, vale agregar, que estos incrementos pretenden compensar el efecto negativo de la inflación en los costos de producción, que se sufre año tras año, aun y cuando, no puede satisfacerse el aumento real de inflación y aumento en la estructura de costos.
2. Menciona que Lafarge Cementos siempre ha pretendido aplicar los ajustes de precio con base en el Principio de Libre Administración del Negocio, sin embargo, el Gobierno ha intervenido en los ajustes de precio que la empresa ha deseado efectuar; adicionalmente debe considerarse que Lafarge Cementos ha adoptado como parte de su Política de Responsabilidad Social, conceder descuentos especiales para los proyectos de valor social y que en Honduras se goza del precio de venta más bajo de los Países Centroamericanos
3. Explica que una alta concentración de agentes económicos en el mercado es una característica del sector cementero a nivel mundial, y ello, por si mismo, no es, ni puede ser, un indicio de prácticas prohibidas, es simplemente resultado de los tamaños del mercado y capacidades mínimas óptimas de las plantas de producción, es decir, la naturaleza del mercado cementero a nivel mundial. Por lo que considera que la participación de dos actores es justificada debido al tamaño del mercado que, durante el año 2006, demandó alrededor de uno punto seis millones de toneladas métricas de cemento.
4. Destaca que la visión de ver el producto del cemento como un “*commodity*” es un poco simplista, puesto que existen muchos factores de diferenciación que son percibidos directamente por los clientes, los que varían según el competidor, como son, facilidades de crédito, resistencia temprana o tardía del producto según las aplicaciones para los que se requiera, imagen y marca del producto, entre otras.
5. Expresa que en Honduras no existen mercados reservados ni repartidos sino que, por la ubicación de las plantas hay mercados naturales, sin embargo, Lafarge Cementos no se ha limitado a comercializar sus productos en dicho mercado sino que ha penetrado en los mercados que podrían considerarse como naturales de la competencia. Alega que Lafarge Cementos, para los años 2006 y 2007, no pudo penetrar más en los mercados locales ya que produjeron su máxima capacidad y lograron comercializar todo el cemento producido.
6. En relación a lo anterior, argumenta que Lafarge Cementos no tuvo, durante los períodos de investigación, ninguna capacidad ociosa, es decir, siempre se han

encontrado en la condición de “*sold out*” (término que se refiere al aprovechamiento máximo posible de la capacidad de producción), por lo cual, aclara que la Comisión ha derivado conclusiones erróneas de la comparación ventas/capacidad de producción, en vista de que la capacidad de producción es un dato que hay que relativizar en varios aspectos, estos son: a) En primer lugar, la capacidad de producción (nominal), es un dato teórico que en la práctica es afectado por incidentes de producción y/o necesidades de paros de producción por mantenimiento (paro de hornos/molinos), mejoras de eficiencia de equipos, instalación de aditamentos, etc. b) Asimismo, el dato relativo a la capacidad anual de producción no es pertinente en el caso de la industria cementera, ya que hay factores físicos y naturales que de hecho la limitan, como son: la vida útil óptima del embolsado (debe ser consumido dentro de los 30 días siguientes a su embolsado), la capacidad limitada de almacenamiento y la estacionalidad de la actividad de la construcción (dependencia de las estaciones climáticas).

7. En el mismo escrito referido, establece que Lafarge Cementos desconoce por completo sobre los costos unitarios de producción de la competencia, por lo que no tiene forma de efectuar un comparativo real sobre su costo de producción versus el de cualquier otro actor, por lo tanto, el hecho de que la Comisión pretenda justificar su conclusión en una supuesta ventaja desconocida por Lafarge es incongruente con la Ley y la lógica comercial; además, al momento de definir el costo de producción no se tomó en cuenta, por parte de la Comisión, el costo de capital (remuneración del capital invertido según las condiciones de financiación, las expectativas de los accionistas para el retorno de su inversión, el riesgo de inversión en el país, y el riesgo específico del negocio). De igual manera, resalta que Lafarge Cementos siempre ha sido una empresa independiente de cualquier competidor, y siempre ha definido su política comercial y estrategia de manera autónoma a dichos competidores.
8. Considera que de los nueve (9) criterios de valoración establecidos en el artículo 4 del Reglamento de la Ley, la Comisión pretende hacer valer como hechos las conclusiones que erróneamente formuló con base en supuestos que se relacionan únicamente a 2 criterios de valoración, y más aun, tales criterios (correlación de precios y pocos actores en el mercado) no constituyen por sí mismos ninguna violación o trasgresión a la legislación hondureña; es decir que no es ilegal que el precio de venta de un producto sea similar en su evolución con el precio de un competidor, y tampoco es ilegal que existan pocos competidores en el mercado.
9. Destaca que la Ley o su Reglamento en ningún artículo contempla que cuando el precio de venta de un bien es determinado por la oferta responde a la existencia de colaboración tácita de los actores económicos del mercado. Asimismo, establece que todas las suposiciones han quedado claramente desvirtuadas, por tratarse de meras suposiciones sobre las cuales, la Comisión no ha manifestado los elementos probatorios que soportan las mismas.
10. En el mismo escrito de contestación, concluye en que la actividad comercial de los agentes económicos en los mercados oligopólicos no es por sí misma, ni puede ser considerada como ilegal, es decir, para que pueda justificarse ilegal la actuación de los agentes económicos en un mercado oligopólico, se debe probar la existencia de prácticas concertadas. Describe que en Honduras no hay oligopolio en este mercado en específico, puesto que no existen barreras arancelarias, ni barreras comerciales u otro tipo de barreras que impidan por ejemplo el ingreso de productos manufacturados en el extranjero, ni tampoco existen limitantes para la participación de nuevos actores en el mercado local.
11. Aclara que la Ley no limita el derecho de un competidor de adaptarse a las condiciones que haya establecido anticipadamente otro competidor; sin embargo, la Comisión, atribuye la existencia de una concentración como única explicación al paralelismo de precios y sus aumentos, omitiendo como posibles explicaciones lógicas que dicho paralelismo sea consecuencia de la naturaleza de los



productos, la similitud de las estructuras de costos y de sus evoluciones, y la estructura del mercado. Asimismo, manifiesta que las variaciones en los mercados departamentales en el período en cuestión, es fiel reflejo de que no existen cuotas de mercado ni mercados repartidos o mercados exclusivos; y, a pesar de que Lafarge Cementos cuenta con un mercado natural no se ha limitado a suplir en dicho mercado sino que ha penetrado también en los mercados que podrían considerarse como naturales de la competencia, además considerando que durante los períodos en cuestión las capacidades de producción de los actores económicos no sufrieron incrementos significativos, es lógico que la cuota de mercado totalizada (todos los departamentos) no presente una variación significativa.

12. Concluye que en los cargos que le fueron formulados, la Comisión no ha referido pruebas precisas e irrefutables sobre la existencia del supuesto cartel de precios ni sobre la supuesta asignación de cuotas de mercado (ni mercados repartidos ni exclusivos), es decir, los “supuestos” o “indicios” formulados por la Comisión, solamente pueden ser considerados como demostración de prácticas violatorias si se comprueba la “intención” del actor económico de efectuar prácticas violatorias a la Libre Competencia, lo que implica la necesidad de comprobar la existencia de dicha intención por medio de pruebas precisas e irrefutables; más aun, contrario a lo establecido por la Comisión, Lafarge Cementos ha brindado fundamentos y explicaciones precisas y congruentes que demuestran que tanto la política de precios como la política de presencia en mercados de Lafarge se determina de manera independiente al otro actor económico. Agrega, que consecuentemente con lo anterior, sólo los hechos probados pueden fundamentar por si mismos una aplicación de sanciones, pero los “supuestos” o “indicios” jamás podrán probar por si mismos la existencia de actos restrictivos de la Libre Competencia. Asimismo, menciona que los criterios de valoración que se utilizan para el inicio de una investigación, no constituyen prueba de la “intención” de los actores investigados sobre los supuestos actos de restricción a la Libre Competencia, puesto que dichos criterios son evaluados en una etapa previa a la investigación y no constituyen por si mismos criterios posteriores de valoración de prueba ni confirmación de “indicios” o “supuestos”; por lo que, pretender emitir un fallo sancionatorio, justificando que la carga de la prueba (para revertir los supuestos argumentados por la Comisión) corresponde a los agentes económicos, conduciría a un abuso de autoridad por parte de la Comisión pues es una contravención directa a las Garantías Constitucionales del Principio de Inocencia y del Debido Proceso, principalmente cuando el artículo 59 del Reglamento de la Ley sujeta el procedimiento sancionatorio a la Garantía del Debido Proceso.

**CONSIDERANDO (4):** Que en el Dictamen de la Dirección Técnica, relativo a los presupuestos procedimentales prescritos en el ordenamiento legal que rige a la materia, se analizaron ciertos aspectos jurídicos sobre la pertinencia, la utilidad y el basamento sustanciado en el procedimiento sancionatorio contra las sociedades Cenosa y Lafarge Cementos. En particular, cabe resaltar algunos aspectos, con el objeto de orientar y contrastar el argumento de la sociedad Lafarge Cementos, quien renunciara a la fase probatoria prevista en el procedimiento, es decir pidió que se omitiera dicha oportunidad procesal, bajo la premisa de que la descrita Resolución de formulación de cargos se basó en supuestos o indicios. En ese sentido, a continuación se exponen algunos aspectos relacionados con los principios y los procedimientos aplicados por la Comisión, los que se plantean en el orden siguiente:

1. Se parte de que no está en discusión lo que se prohíbe en el artículo 5 de la Ley, esto es, cualesquiera contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos entre agentes económicos competidores o competidores potenciales, escritos **o verbales**, que tenga por objeto o efecto fundamental, cualquiera de las

cuatro conductas restrictivas de la competencia que se enumeran en el citado artículo 5 de la Ley.

2. Tampoco está en discusión la sanción de invalidez jurídica que se prescribe en el artículo 6. En el que se establece que cualesquier contratos, convenios, prácticas concertadas, etc., cuyo objeto o efecto fundamental sea cualquiera de las cuatro conductas restrictivas de la competencia que se enumeran en el citado artículo 5, **son nulos**, entiéndase nulidad de pleno derecho. En ese sentido, tienen un carácter incontestable una vez que se haya determinado la existencia del acuerdo, la práctica concertada, combinaciones o arreglos aún cuando éstos no hayan empezado a surtir efecto.
3. Aquí es oportuno exponer brevemente que en atención a la tradición de más de un siglo por la que ha transitado el derecho positivo hondureño, históricamente, el ordenamiento legal interno ha regulado la aplicación de las presunciones (en las disposiciones derogadas del Código Civil de 1906, sobre presunciones, se diferenciaban las “Presunciones que la ley establece” y “Presunciones no establecidas por la ley”), el Código Procesal Civil del 22 de enero de 2007, distingue entre *presunciones legales* y *presunciones judiciales*. No obstante, que en el Código Procesal Civil de 2007, si bien las presunciones no son consideradas como auténticos medios de prueba dada su ubicación en el Libro Cuarto referido a Los Procesos Declarativos, es válido afirmar que en ambos instrumentos legales (el 1906 y el de 2007) se deduce que las presunciones, al igual que los medios de prueba en sentido estricto, son también mecanismos jurídicos de determinación y fijación de los hechos probados en los procedimientos donde aplican. En ese sentido, las presunciones participan de la finalidad de los medios de prueba, sin llegar estrictamente a constituirse en uno de ellos. En ese contexto, la Comisión al amparo y con fundamento en las facultades legales que la ley le establece, y en consonancia, con el objetivo de defender y promover la libre competencia, le está permitido en sus procedimientos acudir al método deductivo constituido por las presunciones, sea por imperativo legal o por la construcción de un enlace racional. En otras palabras, la Comisión puede tener por acreditados los hechos imputados para dictar la resolución correspondiente en cualquier procedimiento. Ya sea en el procedimiento sancionatorio o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento, siempre que concurra la existencia de suficientes indicios o hechos base, cual si sobre los mismos se hubiese practicado la correspondiente diligencia probatoria.
4. En ese orden conceptual, la Ley en el ordinal uno del artículo 50, sobre el Procedimiento para Sancionar Prácticas, Actos y Conductas Prohibidas, faculta a la Comisión para que, *cuando existan suficientes indicios para estimar que se trata de una práctica, acto o conducta prohibida, debe formular un pliego de cargos, exponiendo los hechos imputados, notificarlo a los presuntos infractores para que lo contesten, propongan las pruebas y demás descargos*. En consonancia con el contenido de esta norma puede afirmarse que la procedencia de la resolución ha de comprender el análisis respectivo de los indicios, esto es, la valoración del hecho base de acuerdo al principio de la sana crítica. De ahí que la Comisión, en cumplimiento al ordenamiento legal aplicable, tiene la obligación de apreciar los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos (párrafo sexto del artículo 45 del Reglamento de la Ley). Así pues, ante la ausencia de prueba directa del hecho presunto debe apelarse al carácter subsidiario de las presunciones y a los indicios o hechos que sirven de soporte para determinar la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia.

5. De ahí que para que las presunciones tengan la aplicabilidad respectiva o desplieguen la correspondiente eficacia, se requieren dos condiciones así:
  - a) Es necesario que sobre los hechos presuntos (En el caso de autos los hechos presuntos son dos: el primero referido al establecimiento de precios, tarifas o descuentos; y el segundo relacionado con: “Repartirse directa o indirectamente el mercado en áreas territoriales, clientela, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento) no haya existido actividad probatoria alguna (prueba directa), o la existente, en su caso, no haya conseguido el objetivo de acreditar su certeza.
  - b) Es esencial que los hechos base o indicios estén plenamente probados, esto es, se funden en hechos reales y probados, que permita a la autoridad apreciarlos en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterios humanos.
6. En atención a lo anterior, se hace preciso advertir que cuando la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia estipula en su artículo 5 prohibiciones absolutas o prohibidas por su naturaleza como las denomina la Ley, y su consecuente invalidez jurídica prescrita en el artículo 6, la determinación de la existencia de las citadas prácticas restrictivas, a falta de prueba directa, estará en función de que la Comisión realice o constituya los correspondientes razonamientos lógicos-deductivos a la hora de formular cargos y/o emitir la resolución definitiva respecto al procedimiento sancionatorio que se haya incoado al efecto. Para ello debe partir de uno o varios hechos base o indicios enteramente probados, de tal forma que le permitan tener por acreditado el hecho presunto, es decir, la existencia de la práctica restrictiva de la competencia. Así, en el caso de autos, los indicios o hechos base se derivan, entre otros, de los criterios establecidos en el artículo cuatro (4) del Reglamento de la Ley, y los hechos presuntos son cualquiera de las cuatro conductas restrictivas de la competencia que se enumeran en el citado artículo cinco (5) de la Ley. En breve, es válido que a partir de un indicio, de un hecho admitido o probado, mediante cualesquiera medios probatorios, la Comisión pueda presumir la veracidad, a los efectos del procedimiento incoado, del otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto exista o se establezca el enlace racional según las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano.
7. En ese contexto resulta oportuno advertir que la aplicación de las presunciones, para las prácticas prohibidas por su naturaleza establecidas en el artículo cinco (5) de la Ley, y tomando en consideración el ordinal uno del artículo 50 de la Ley, en el que se admite la aportación de prueba, permiten el derecho que tienen los presuntos infractores para que, por medio de dicha actividad probatoria, demuestren que los indicios o hechos que sirvieron de base para la formulación de cargos conducen a hechos o conclusiones distintas de las presumidas, o a efectuar la contraprueba dirigida a desvirtuar indicios que sirve de soporte para el hecho presunto. Es, precisamente, a esta oportunidad procedimental a la que renunció la sociedad Lafarge Cementos, cuando pidió que “se tuviera por omitida la proposición y evacuación de otros medios probatorios, adicionales a los que”, según el peticionario, “están identificados en el escrito de contestación, arguyendo que la formulación de cargos está basada en supuestos o indicios, enfatizando en la necesidad de comprobar por medio de pruebas precisas e irrefutables de la intención del actor económico para efectuar prácticas anticompetitivas”.

**CONSIDERANDO (5):** Que en el Dictamen de la Dirección Técnica también se incluyó un análisis del caso, en el que se examinaron las condiciones de ilicitud de una práctica contraria a la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia

(Ley), la capacidad actual y potencial de Cenosa y Lafarge Cementos para causar daños en el mercado, así como de la condición objetiva de la conducta realizada por las sociedades mercantiles investigadas, y que se razona en los términos siguientes:

### **Condiciones de Ilícitud de una Práctica contraria a la Ley**

La Comisión ha establecido en anteriores precedentes (Resoluciones definitivas y de Recursos números: 004-CDPC-2008-AÑO-III, 005-CDPC-2008-AÑO-III, 006-CDPC-2008-AÑO-III, de fechas 08 de febrero de 2008, y 20-CDPC-2008-AÑO-III, 21-CDPC-2008-AÑO-III, 22-CDPC-2008-AÑO-III, de fechas once de julio de 2008, relativas a la causa de colusión investigada, de oficio, contra tres tipos de agentes económicos, vale decir, las cadenas de farmacias y farmacéuticos independientes, la Asociación Nacional de Droguerías y el Colegio de Químico Farmacéuticos de Honduras) que para establecer la ilicitud de una práctica empresarial a la luz de lo previsto en la Ley, se requiere la verificación de dos condiciones, la primera asociada a la condición subjetiva de los agentes económicos que despliegan la conducta investigada, y su posición frente a otros agentes en el mercado, y la segunda asociada a la condición objetiva de la práctica misma para ser capaz de producir resultados en el mercado contrarios a los principios de la Ley.

En cuanto a la condición subjetiva, se afirma que la determinación de la capacidad de uno o varios agentes económicos para afectar el mercado relevante depende, tanto del tamaño de éstos, según resulte de la evaluación de los elementos que se derivan del ordenamiento legal, y relacionado a la capacidad actual y potencial de afectar el mercado; a la capacidad de las empresas investigadas para afectar el comportamiento de participantes en el mercado situados tanto en el mismo nivel, como en niveles distintos de la cadena productiva.

Además de establecerse la existencia de la capacidad potencial de una o varias empresas para restringir la competencia, para la determinación sobre la existencia de una conducta restrictiva de la libre competencia, es necesario que la acción de las empresas produzca, o sea susceptible de producir el resultado esperado, esto es restringir la competencia ilegalmente. En ese sentido, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley define la libre competencia como la *“Situación en la cual existen 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”*;

A los fines de establecer, en el caso de autos, la intención prohibida o restrictiva de la libre competencia en la realización de una práctica empresarial, se hace preciso que ella no tenga una justificación con base en el intervencionismo estatal o en las denominadas órdenes gubernamentales de fijación de precios. Este argumento de fijación por parte del Estado/Gobierno es el que esgrimieron los agentes económicos investigados ante los cargos formulados sobre la uniformidad precios. En efecto, el indicio o criterio que se evidencia es que las sociedades mercantiles investigadas desarrollaron posibilidades de actuar en colusión a través de dichas disposiciones legales o administrativas, tal como se establece en el inciso d) del artículo 4 del Reglamento de la Ley.

En ese orden es oportuno evidenciar la motivación comprendida en las diferentes medidas que ha emitido el Estado/Gobierno. Es decir, que éste no interviene porque sí, sino que actúa bajo la premisa de controlar o corregir un problema derivado del comportamiento anticompetitivo de los agentes económicos que participan en un mercado determinado o de una estructura de mercado irregular (fallos de mercado). Para el caso, léanse las razones que motivaron la emisión del Decreto Legislativo

No. 221-2003 del 19 de diciembre de 2003 (folio 325); o las del Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004, de fecha 18 de agosto de 2004 (folio 328), en los que se advierte las fallas del mercado (tercer considerando) y las conductas anticompetitivas (cuarto considerando), así como los fundamentos del por qué “fijar a las empresas productoras de cemento del país, el precio de venta puesto en planta, de la bolsa de cemento gris Portland, en la presentación de 42.5 Kg...”. Específicamente, véase en la Cuarta consideración de dicho Acuerdo, la motivación siguiente: *“Considerando: Que no existe una ley que permita sancionar administrativamente las prácticas que restringen o eliminan la competencia por lo que, cuando se presentan las mismas, es necesario hacer uso de las facultades del Poder Ejecutivo tiene para fijar cualquiera de las etapas del proceso de comercialización, los precios máximos de venta de los bienes y servicios esenciales de consumo popular e insumos indispensables para la operación de las actividades económicas del país”*. De ello se desprende la admisión del hecho anticompetitivo de las sociedades involucradas en el mercado de cemento, o por lo menos demuestra la posibilidad efectiva de los alcances, la finalidad y la capacidad de actuar de los agentes investigados en menoscabo de la libre competencia. Es más, cuando se analizan las razones expuestas en los respectivos escritos de descargos, en los que se arguye que el comportamiento paralelo observado en los precios, obedece al cumplimiento de medidas u órdenes emitidas por el gobierno, se omite que esta obediencia a la descrita fijación de precios, también incluye la aceptación de las consideraciones que tuvo el Poder Ejecutivo para imponer dicha medida administrativa. De ahí que se considere válido que la intervención pública en los procesos productivos tendrá justificación en la medida que existan fallos de mercado y que dichos fallos introduzcan distorsiones a la competencia e ineficiencias en el funcionamiento del mercado y que impidan el correcto funcionamiento del mismo. Aquí cabe mencionar, el marco legal de la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio, en particular, el artículo 73 de la Ley de Protección al Consumidor vigente, que establece las causas para la determinación del precio máximo de venta, expresando en el segundo numeral y en el último párrafo, lo siguiente: *“... 2) Cuando los bienes o servicios estén siendo comercializados u ofrecidos en régimen de monopolio u oligopolio y se compruebe la ausencia de libre competencia y que por ello existan obstáculos al funcionamiento del mercado o se produzcan situaciones de especulación, acaparamiento, desabastecimiento o limitación cuantitativa o cualitativa de la oferta con la finalidad de incrementar su precio o tarifa”*. El último párrafo dice: *“Para los efectos del numeral 2) de este artículo, se requerirá dictamen favorable de la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia”*.

En atención al marco legal regulatorio vigente, es entendible el rol que desempeñó el Estado/Gobierno en materia de regulación económica para corregir no sólo las distorsiones derivadas de estructuras de mercado que han funcionado en situación de monopolio u oligopolio sino para corregir o disminuir los daños y la vulneración de la libre competencia derivadas de las prácticas y conductas anticompetitivas. En aquellos tiempos, ante la falta o ausencia de un ley de defensa de la competencia, el Estado/Gobierno devenía obligado a utilizar su función de regulador económico (estableciendo precios máximos) para defender a los consumidores de las prácticas y comportamientos anticompetitivos derivados fundamentalmente de estructuras empresariales monopólicas u oligopólicas. En teoría se buscaba un resultado similar al que se obtendría con un funcionamiento verdaderamente competitivo del mercado, pese a que el establecimiento de precios máximos que hace el Estado comúnmente se ha realizado en respuesta a los aumentos de precios que anuncian los agentes económicos involucrados al inicio de cada ejercicio fiscal. En este sentido puede afirmarse que el procedimiento que utiliza el Poder Ejecutivo para determinar los precios máximos del cemento no se ha realizado sobre la base de un exhaustivo estudio de costos sino que se ha hecho sobre la base o en función de los parámetros de precios anunciados por los competidores.

En la actualidad, como ya se ha dicho, el Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Industria y Comercio conserva la facultad de regular precios máximos de venta a aquellos agentes económicos que ofrezcan bienes o servicios bajo estructuras o en régimen de monopolio u oligopolio, previo dictamen favorable de la Comisión de Competencia. Mientras, que la regulación de prácticas y conductas restrictivas de la Competencia está a cargo de la Comisión.

Sin embargo, en el caso de autos, tomando en consideración el comportamiento del mercado y el de los propios agentes económicos involucrados en el sector, se observa que cuando el Estado/Gobierno ha intervenido en la industria de producción de cemento fijando los precios, las empresas que participan en dicho mercado, vale decir, CENOSA y Lafarge Cementos, no han reaccionado bajo la racionalidad que implica una fijación de precios, esto es, la de tomar el precio fijado por el gobierno como un dato, y actuar en el sentido de maximizar las utilidades sobre la base de ese precio. Una reacción racional es que las empresas elijan el nivel de producción en la situación donde sus costos marginales se igualan al precio fijado por el gobierno. En ese sentido, resulta obvio advertir que toda regulación de precios forzosamente representa un impacto que afecta la conducta de las firmas participantes.

Para el caso, preguntémosnos qué puede esperarse con una decisión económica racional y legítima de las empresas al producir en el nivel de producción que maximiza el excedente total, y en donde, el precio fijado por el gobierno es igual a sus costos marginales, al menos, se espera la valoración de dos situaciones:

1. Cuando el precio que fija el gobierno es menor a los costos marginales de la firma, la cantidad producida que maximiza las utilidades de las empresas se reduciría con respecto a los volúmenes producidos en los períodos anteriores; y,
2. Cuando el precio que fija el gobierno es mayor a sus costos marginales, la cantidad producida por las empresas aumentaría.

A la luz de este simple ejercicio puede deducirse lo que ha ocurrido respecto al comportamiento de los agentes económicos derivado de las medidas legales o administrativas, es decir, los agentes económicos investigados frente a la esperada intervención del gobierno en la fijación de precios máximos, cada vez que han pretendido un aumento de precio, especulan anunciando un porcentaje de aumento de su conveniencia, a sabiendas de que el gobierno siempre les fijará un porcentaje menor con respecto al anunciado por ellos. En otras palabras se trata de una fijación que parte del porcentaje anunciado por los agentes económicos investigados. Sin embargo, el impacto de la regulación parece ser nulo, en el sentido de lo que debiera esperarse ante dicha situación. Vale decir, un comportamiento económicamente racional de las empresas, en el que se produzca en donde el precio que les fija el gobierno se iguale a sus costos marginales. De ser así, se verían obligadas a reducir la cantidad producida. No obstante, este comportamiento no se ha visto por parte de los agentes económicos investigados, al contrario, lo que sí está admitido es que las empresas han aumentado su producción y maximizado sus utilidades. En consecuencia, se puede afirmar que los aumentos de precio fijados por el gobierno están por encima de los costos marginales de las empresas, haciendo de la regulación de precios el artificio para eludir y o falsear los principios de libre competencia.

No obstante, lo declarado por los agentes económicos investigados en relación al establecimiento o aumentos de precios, en el sentido que éstos se determinan con base a las *expectativas de rentabilidad de los accionistas teniendo en cuenta su inversión*, el interés de los clientes hacia sus productos y las evoluciones de los costos de producción, o como consecuencia de los aumentos de sus costos productivos, entre ellos, combustibles, energía eléctrica y materias primas, resulta fundada la afirmación sobre el hecho de que las empresas productoras han optado

siempre por el mecanismo de fijación de precios, avalados por el gobierno, pero actuando coordinadamente para maximizar sus utilidades y sustituir los riesgos de una competencia efectiva en el mercado. Es más, esta misma conducta se reproduce en los períodos en que el gobierno no interviene.

Por otro lado, está aceptado el hecho, expresado en las Cartas que la Fundación Instituto del Cemento dirigió en fechas 29 de agosto de 2007 y 1 de agosto de 2008, al Ingeniero Rosario Bonano, Secretario de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI), en el sentido de que los agentes económicos que participan de la Industria Cementera Nacional, a través de dicha Fundación, comunica al mencionado Secretario de Estado, sobre lo que ellos denominan “estabilización de precios” en el producto de cemento con vigencia hasta el año 2009. De ahí que puede afirmarse que en este hecho también se evidencia, la conducta de coordinación entre CENOSA y Lafarge Cementos no sólo en la fijación de precios del cemento sino en el reparto de un cliente como es el Estado. Así, queda demostrado que este tipo de indicios, lejos de aparentar una conducta solidaria con su propio regulador, esto es, el Poder Ejecutivo, evidencia el mecanismo de contacto entre las sociedades investigadas, el artificio para sostener sus reuniones y comunicaciones. Sin duda se prueba plenamente el indicio establecido en el inciso f) del artículo 4 del Reglamento de la Ley.

El análisis del caso, tal como lo prescribe el inciso e) del artículo 4 del Reglamento de la Ley, informa de hechos que evidencian a un mercado del cemento aparentemente intervenido o regulado por el Estado, pero la realidad revela otra cosa. Esto es, se trata de un mercado cuyo comportamiento delata relaciones de intercambio sobre el cemento, mediante arreglos coordinados o acuerdos colusorios por parte de los agentes económicos investigados para el establecimiento de precios, y el reparto del mercado.

**CONSIDERANDO (6):** La relevancia que reviste el cumplimiento de las obligaciones que prescribe la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley), resulta oportuno describir el análisis descrito en el Dictamen o Informe de la Dirección Técnica, sobre algunos principios generales del derecho derivados de la legislación vigente, así como de los efectos en el tiempo que se establece en las disposiciones transitorias de la Ley, así:

Los argumentos expuestos por los agentes económicos investigados, en el sentido de que la fijación o establecimiento de precios similares, responde a una conducta derivada de los decretos, acuerdos o medidas del gobierno, no pueden considerarse válidos ni como justificación suficiente para desvirtuar los indicios que indican que los competidores han derivado sus actividades restrictivas de la libre competencia, utilizando las citadas medidas legales o administrativas. Ello, si se toma en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley, cualquier medida emitida por el Poder Ejecutivo con el fin de controlar o corregir las posibilidades efectivas de que se realizasen prácticas restrictivas o actividades anticompetitivas, no pueden anular, las obligaciones y los procedimientos que se deban cumplir, como consecuencia de lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 62 de la Ley, relativo a los efectos en el tiempo, el que literalmente dice: *“Durante los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, las prohibiciones del Título IV, Capítulo I de la presente ley, no serán aplicables a los contratos, convenios, prácticas, combinaciones, arreglos o conductas que estén en funcionamiento a la entrada en vigencia de la presente ley. En caso que las mismas continúen en funcionamiento después de este período de seis meses, la presente ley se aplicará enteramente respecto a ellas desde su entrada en vigencia”*.

En ese orden, resulta pertinente remarcar la obligatoriedad de la descrita advertencia que se hace en la citada norma legal, junto con las normas de carácter prohibitivo que establece la Ley, en el sentido que, cualquier persona sujeta al derecho vigente hondureño, deviene en la obligación de observar los principios establecidos en la legislación nacional, tales como, los prescritos en el Código Civil que en su artículo 10 dice: *“cuando la ley declara nulo algún acto con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”*.

Más aún, también se prevé que ninguna persona sujeta al derecho hondureño está exenta de observar y respetar lo prescrito en el artículo 11 del citado código, cuando establece que: *“Las Leyes que interesan al orden Público y a las buenas costumbres, no podrán eludirse ni modificarse por convenciones de los particulares; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”*.

En ese contexto, resulta indiscutible el hecho y la consideración de que las conductas anticompetitivas desplegadas por los agentes económicos investigados, en el caso de autos, no pueden justificarse con argumentos de que dichos comportamientos restrictivos de la libre competencia, responden a medidas, o disposiciones legales o administrativas. El artículo 62 de la Ley es claro respecto de la obligación implícita y del tiempo otorgado a los agentes económicos competidores, a efecto de que adecuaran sus comportamientos, en caso de que estuvieran realizando las prácticas y conductas prohibidas establecidas en el Título IV, Capítulo I de la ley. Es más, cualquier agente económico devenía en la obligación de abstenerse de seguir realizando comportamientos restrictivos, aún en el caso de que éstos tuvieran como ropaje o amparo al propio Gobierno. De ahí que no es admisible oponer medidas o disposiciones administrativas, si las actividades desplegadas por los agentes económicos competidores han tenido o tienen por objeto o efecto restringir la libre competencia.

**CONSIDERANDO (7):** Que en el análisis de la Dirección Técnica también se examinó la capacidad actual y potencial de Cenosa y Lafarge Cementos para causar daños en el mercado como parte de los elementos requeridos para demostrar la condición objetiva de la conducta para dañar el mercado. A continuación se resume lo siguiente:

#### **Inexistencia de Sustitutos Cercanos para el Cemento**

En general, las grandes firmas constructoras, son quienes demandan importantes magnitudes y en forma permanente el cemento. Cabe aclarar que no quedan excluidos los albañiles, ni de otras personas que requieran del producto para la realización de pequeñas construcciones y/o reparaciones, pese a que dichas tareas no demandan grandes volúmenes de cemento, ni representan pedidos con una periodicidad constante.

El producto presenta una amplia gama de aplicaciones posibles, siendo el insumo por excelencia de la construcción. Los tres tipos de usos finales más importantes son: **(1) Hormigones:** edificación (armado, pretensado, etc.), carreteras (suelo-cemento para bases y sub-bases de pavimentos), cimentaciones (pilotes, zapatas, presas, puentes) y premoldeados (diques secos, pretensado, tabiques); **(2) Premoldeados:** elaboración de asbesto-cemento, tuberías, depósitos, postes, bloques, tejas, etc., y **(3) Trabajos de aplicación:** albañilería, morteros preparados, pinturas, recubrimientos, moldes, etc..



De acuerdo a la información anterior, el consumo de cemento en general se encuentra asociado a la actividad de la construcción, y en líneas generales, la selección de cemento responde a variables tales como:

- a) Tipo y tamaño de la obra (edificios).
- b) Proyectos de infraestructura sísmo resistentes (puentes, estadios, plantas, represas)
- c) Exposición de la obra a fenómenos naturales.
- d) Costos de la obra con utilización de distintos materiales alternativos.
- e) Durabilidad de la obra según el tipo de material.
- f) Calidad, color, resistencia y disponibilidad del producto.
- g) Precio del producto.

De esta manera se establece que este producto es objeto de una demanda sumamente particular en la industria de la construcción y dadas sus características específicas en su aplicación y uso, el mismo no tiene sustitutos suficientemente cercanos desde el punto de vista de los demandantes.

### **Inexistencia de una Sustitución por Importaciones**

Un elemento que puede desalentar la entrada de nuevos competidores, a la vez que refuerza el poder de mercado de las empresas establecidas, es el escaso grado de transabilidad del cemento Pórtland. La principal razón de esto radica en el elevado costo del flete y en la necesidad de contar con un ambiente especial (de escasa humedad) para preservar en condiciones óptimas las propiedades del bien. La distancia es, por lo tanto, una barrera natural muy importante que torna muchas veces antieconómica la importación del producto.

En consecuencia, la relación entre el intercambio (exportaciones más importaciones) y la producción doméstica es muy baja y el comercio exterior es en este sector muy poco significativo en relación con lo que ocurre en otras ramas industriales.

De esta forma, resulta evidente que en Honduras las importaciones de cemento son nulas, lo cual ha contribuido a mantener aislados de la competencia internacional a los productores nacionales. Lo anterior se refuerza al comprobarse (según contrato de suministro de clinker firmado entre CENOSA y Lafarge Cementos, véanse folios del 552 hasta 554) que ni la misma empresa competidora en el mercado (Lafarge Cementos) importa Clinker de otro país, sino que obtiene en condición de proveedor exclusivo dicho Clinker de su empresa rival CENOSA.

En ese sentido, se puede concluir que las importaciones de cemento Portland Gris Tipo GU no pueden ser consideradas como una posibilidad para los consumidores para desplazar el producto nacional por el importado, al no haber una fuente alternativa suficiente y oportuna de producto a través de las importaciones, y en consecuencia éstas no representan una alternativa para los consumidores nacionales para que, ante un posible incremento en el precio del Cemento Portland Gris Tipo GU puedan desplazar en el consumo, el producto nacional por el importado.

De acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente, las importaciones no resultan una amenaza competitiva suficiente como para tornar no rentable el incremento de precios aludido. Las razones de ello se encuentran en los altos costos de transporte del cemento provenientes de países ajenos, los cuales no resultan económicamente aceptables.

**CONSIDERANDO (8):** Que en el análisis de la Dirección Técnica también se examinó, la condición objetiva, que se deriva, entre otros, de los incisos a), c), y e) del artículo 4 del Reglamento de la Ley, relacionada con la capacidad actual y

potencial de Cenosa y Lafarge Cementos para determinar el nivel de competencia efectiva existente en el mercado relevante, los aspectos analizados se describen a continuación:

### 1. El Número de Competidores que Participan en el Mercado

En la actualidad la estructura de mercado de la industria cementera, heredada del pasado sin grandes modificaciones, responde a un modelo de oligopolio, con dos productores que controlan el mercado, el índice de concentración calculado para este mercado supera los 5,000 puntos, muy por encima del umbral de 1,800 puntos que se utiliza como parámetro para medir los mercados moderadamente concentrados.

#### Porcentajes de Participación Mercado Interno (Miles de Toneladas)

Empresa	Ventas TM (2007)	Participación En Ventas	HHI (Ventas)	Capacidad Productiva	Participación en Capacidad	HHI (Capacidad)	Porcentaje de Uso
<b>CENOSA</b>	686.6	42.9%	1,840.4	850.0	47%	2,209	80.8%
<b>Lafarge-Cementos</b>	914.7	57.1%	3,260.4	960.0	53%	2,809	95.3%

Fuente: CDPC con datos proporcionados por las empresas

### 2. La Oferta y Demanda del Producto

La oferta de cemento es rígida ya que va unida, en el corto plazo, a una capacidad de producción dada, cuyo incremento requiere importantes inversiones. La demanda es también relativamente rígida frente a las variaciones de precios. Es decir las empresas no son tomadoras de precios sino formadoras de precios dadas las características de la demanda y oferta anteriormente mencionadas.

### 3. Las Barreras de Entrada

Una de las características más relevantes de la mayoría de industrias (entre ellas la cementera) es la existencia de costos fijos. Precisamente por ello, los costos unitarios disminuyen a medida que aumenta la escala de producción, lo que da origen a economías de escala, también conocidas como rendimientos crecientes a escala. Si la escala mínima eficiente es una proporción significativa del tamaño de la demanda, el mercado contará con un reducido número de firmas que puedan obtener ganancias por encima de lo normal al fijar precios superiores a los que prevalecerían bajo condiciones de competencia perfecta. Los potenciales competidores se abstienen de entrar al mercado porque saben que si lo hacen, desaparecen las ganancias extraeconómicas y, con ellas, los incentivos a participar en ese mercado. Esta es, en síntesis, la principal razón por la cual existen mercados con estructuras no competitivas.

Sin embargo, las economías de escala no son la única razón que puede dar origen a mercados no competitivos. En la literatura especializada se pueden identificar tres razones adicionales que protegen a las firmas participantes de la entrada de competidores y, por lo tanto, les permiten obtener utilidades superiores a lo normal. Estas incluyen:

- a) *Ventajas absolutas de costos*: Puede ocurrir que las firmas establecidas tengan mejores tecnologías, en parte como resultado de la experiencia y el aprendizaje, o por medio de investigación y desarrollo (invenciones patentadas o protegidas como secretos industriales). También es posible que hayan acumulado capital que reduce el costo de producción. Otra opción es que hayan cerrado las posibilidades de entrada de potenciales competidores, limitando el acceso a la compra de insumos por medio de contratos con proveedores clave o adquiriendo

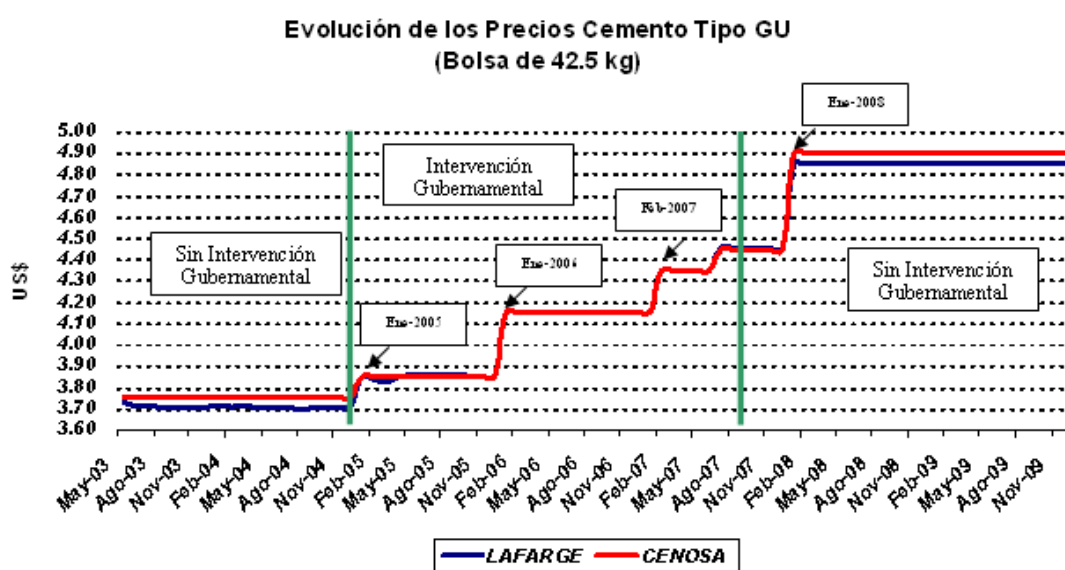
las propiedades con potencial para extraer los insumos o materias primas para la producción.

- b) *Ventajas resultantes de la diferenciación de productos:* Los productores establecidos pueden haber patentado innovaciones a los productos o pueden haber encontrado los segmentos correctos en el espacio de productos o, eventualmente, pueden beneficiarse de la lealtad de los consumidores.
- c) *Requisitos de capital:* Es posible que los potenciales entrantes enfrenten problemas de financiamiento debido a que presentan un mayor riesgo frente a los acreedores. Una posibilidad es que los acreedores no estén dispuestos a financiar a los entrantes debido a que no los conocen o a quienes operan en el mercado transmitirían a los acreedores parte de la pérdida de utilidades producto de la entrada de nuevos jugadores. Es decir, en este caso el verdadero obstáculo es el funcionamiento del mercado de capitales.

Las economías de escala, la alta inversión inicial en plantas (costos hundidos), las ventajas absolutas en costos, la nula sustituibilidad del producto, las casi nulas importaciones del producto y los altos requisitos de capital, son características que están presentes en la industria del cemento y por lo tanto actúan como barreras a la entrada para potenciales empresas entrantes al mercado.

#### 4. Impacto de la Práctica Analizada en los Precios

La evolución de los precios durante el período mayo 2003 – diciembre 2009, muestra una correlación positiva del 99.8% y de 99.97% para el período febrero 2006 – diciembre 2009, lo que indica que los precios FOB de fábrica de ambas empresas son similares durante el período de análisis y su comportamiento en cuanto a variaciones (en este caso todas positivas) es paralelo o que se realiza al mismo tiempo, es decir el grado de asociación entre las dos variables (precios FOB CENOSA y precios FOB LAFARGE-CEMENTOS) es positivo y sus variaciones en el tiempo ocurren en la misma frecuencia. Es importante destacar que, el período de análisis se centra específicamente desde la vigencia de la Ley, sin embargo, se considera información adicional anterior a la vigencia de la Ley con el propósito de obtener una tendencia histórica del comportamiento del mercado.



**CONSIDERANDO (9):** Que es importante contrastar los argumentos de Cenosa formulados en su escrito de contestación de cargos, a continuación se describe las explicaciones y observaciones siguientes:

## **Análisis del caso a raíz de los descargos de CENOSA**

1. En relación a la comparación de los precios FOB, se dice que, en efecto, si comparamos los precios FOB de la bolsa de cemento de 42.5 Kg. de ambas empresas, observamos un comportamiento paralelo en la fijación del precio, es decir las variaciones son aplicadas en el mismo espacio temporal, a pesar de que cada empresa opera, según sus propios argumentos, en un mercado natural distinto, y en consecuencia, con demandas cuyos poderes adquisitivos son distintos, además de costos unitarios de producción diferentes.
2. Por otra parte, se considera que no es suficiente ni admisible como justificación económica, un argumento basado en una simple expresión, que diga que: *“posterior a la intervención estatal, el precio del cemento tuvo incrementos debido a los aumentos de sus costos productivos, entre ellos, combustibles, energía eléctrica y materias primas”*. Una afirmación como ésta debe estar respaldada o fundada en un análisis de impacto de costos, o por lo menos, verificar que en efecto, los incrementos anunciados, son el resultado de una estimación basada en un método confiable, sobre el impacto que producen los costos en la política de la empresa. No se puede negar que en la era del conocimiento, el avance de la tecnología y la informática, se han producido una variedad de soluciones automatizadas para reflejar el impacto que tiene el movimiento de las diversas variables en las decisiones de las empresas. En suma, no puede considerarse suficiente ni válido un argumento que pretenda explicar una imputación de un comportamiento paralelo sobre aumentos de precio, con una afirmación o expresión de que dichos aumentos obedecen a una evolución de los costos, sobre todo, si se demuestra mediante un análisis comparativo entre las firmas competidoras, que los costos han tenido variaciones a lo largo del período analizado, que no concuerdan con la tendencia paralela que se pretende justificar.
3. Asimismo, el argumento de que *“los precios del cemento en Honduras son los más bajos en el área centroamericana”*, se desestima por ser improcedente, ya que ello es innecesario o inútil para justificar los hechos relacionados con el comportamiento paralelo de los precios en Honduras. Es un argumento improcedente ya que en nada contrasta con el indicio de colusión o pacto de no agresión comercial entre las empresas participantes de la industria del cemento. Sin embargo, por vía de ilustración y bajo el supuesto que tal argumento fuese útil, ello requeriría una demostración partiendo del interrogante de sí los precios son los más bajos o los más altos de Centroamérica. El análisis comparativo de precios debiera hacerse sobre la base de los ajustes previos derivados del Poder Adquisitivo de cada uno de los países incluidos en el ejercicio comparativo sobre los precios de los productos en cuestión. Así, se deben ajustar los precios en función del factor de Paridad de Poder Adquisitivo (PPA: compara de una manera realista el nivel de vida entre distintos países, atendiendo al producto interior bruto *per cápita* en términos del costo de vida en cada país.). Este índice es utilizado por el Banco Mundial para estimar el PPA por los diferentes países. Aplicado al caso que nos ocupa se tiene que los precios del cemento (bolsa de 42.5 Kg.) publicados en el Boletín Estadístico 4ta Edición, Año 2009 de la Cámara Hondureña de la Industria de la Construcción y el factor de ajuste PPA publicado por el Banco Mundial para las economías Centroamericanas dan como resultado los precios en US\$ PPA, siguientes:

<b>Precios del Cemento Bolsa de 42.5 Kg.</b>			
<b>País</b>	<b>US\$ Corrientes</b>	<b>Factor de Ajuste PPA</b>	<b>US\$ PPA</b>
Guatemala	6.73	0.42785	15.72
El Salvador	7.15	0.45024	15.88
Honduras	6.36	0.38340	16.59

Costa Rica	9.88	0.46995	21.02
Nicaragua	7.53	0.31386	23.98

El cuadro anterior demuestra que realmente los países con los precios más bajos del cemento en el área centroamericana, ajustados con el PPA, son: Guatemala y El Salvador, ocupando Honduras el tercer puesto, Costa Rica el cuarto y en el quinto Nicaragua.

4. En otro argumento, tal como lo menciona la imputada, para el año 2009 las condiciones de mercado cambiaron notablemente, reduciéndose por una parte la demanda en un 2% y por otra aumentándose la oferta mediante un aumento en la capacidad instalada de la empresa CENOSA de aproximadamente un 100% adicional a la capacidad anterior. En ese sentido es válido inferir que dadas las nuevas condiciones en el mercado, las estrategias comerciales en la disputa de un mayor mercado por parte de CENOSA iban a ser distintas, más aun, con el compromiso financiero adquirido para financiar dicha ampliación, sin embargo como se mencionó en la formulación de cargos los precios o el comportamiento de las empresas se mantuvo paralelo. Por el contrario a la mayor disputa de mercado que se esperaba dada la mayor capacidad de producción de la empresa CENOSA, esta firmó un acuerdo de suministro de Clinker (cemento puro) con su competidora la empresa Lafarge Cementos, comprometiéndose a suministrarle las siguientes cantidades de Clinker: hasta 95,000 toneladas para el año 2009, hasta 120,000 toneladas en 2010, hasta 200,000 toneladas en 2011; y hasta 250,000 toneladas en 2012, 2013 y 2014, estos últimos valores implican un 30% de la nueva capacidad instalada de CENOSA, equiparándose las capacidades de venta de cada una de ellas. Lo anterior refleja acciones contrarias a los propios intereses de la empresa CENOSA que se beneficiaría de un mayor mercado si aprovechara esa mayor capacidad instalada, mismas que no tienen otra explicación mas que la de revelar que dichas acciones forman parte de un plan colectivo que beneficia al conjunto de empresas participantes en este mercado.
5. Tal y como lo menciona la resolución de formulación de cargos existe una diferencia mínima en los precios, sin embargo, el indicio sobre una posible cartelización se basa en el comportamiento paralelo de las empresas al momento de definir sus estrategias comerciales, principalmente al momento de establecer los precios de venta FOB de la bolsa de cemento de 42.5 Kg., cuyas variaciones son similares en el tiempo a pesar de condiciones diferentes tanto en la demanda natural de cada una de las empresas como en los costos de cada una de ellas.
6. Se aclara que las inferencias sobre las capacidades de las empresas se hacen sobre la base de información proporcionada por las sociedades investigadas. Por ejemplo la capacidad de producción de la empresa CENOSA aumentó a partir del año 2009 de 850,000 toneladas a 1.7 millones de toneladas, según los datos proporcionados por la misma empresa. Nuevamente es importante manifestar que la capacidad ociosa o la capacidad productiva de las empresas que participan en el mercado, son sólo una de las características bajo las cuales opera el mercado y si bien una capacidad ociosa actúa como barrera a la entrada para potenciales competidores, el que exista o no tal capacidad en una industria no exime de que el comportamiento paralelo en sus actuaciones obedezca a un acuerdo de no agresión comercial entre los participantes de esa industria. Sin embargo como queda ya demostrado y así lo menciona la imputada en su escrito de contestación de cargos, la empresa CENOSA posee a partir de 2009 una capacidad instalada mayor de tal forma que le permite incluso suplir de clinker a su competidor y no al mercado como debería de ser por lógica comercial.

7. Según los datos de participación en el mercado del cemento en Honduras las cuotas de participación son idénticas en el tiempo, razón por la cual se convierte en un indicio de reparto de mercado. Sobre esto la imputada sólo se remite a establecer que existen diferencias de venta en los distintos departamentos del país sin establecer o argumentar a que se debe que las participaciones totales del mercado se mantienen invariables a pesar de que los volúmenes son crecientes en el tiempo.

**Participación en el Mercado de Cemento Según Ventas**

<b>Empresa</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>
LAFARGE	58%	58%	57%
CENOSA	42%	42%	43%

Fuente: Datos proporcionados por Lafarge Cementos y CENOSA

8. Es evidente que en Honduras las importaciones de cemento son nulas, lo cual ha contribuido a mantener aislado el mercado nacional de la competencia internacional. Las relaciones de intercambio presentan características de un mercado cautivo, que se agrava con la concurrencia de otro indicio, esto es, el de acuerdos de colaboración coordinada que tienen los competidores entre sí. En el expediente de mérito consta el contrato de suministro de clinker firmado entre CENOSA y Lafarge Cementos, con carácter exclusivo (véanse folios 552 hasta 554). Está acreditado en autos que Lafarge Cementos y Cenosa han sustituido el riesgo de la competencia internacional por un acuerdo entre sí, que es el referido al citado contrato de compraventa de Clinker con carácter exclusivo. Es decir, en dicha relación contractual Lafarge Cementos está obligada a adquirir el clinker en forma exclusiva de su competidor CENOSA. De ahí que, se puede concluir que las importaciones de cemento Portland Gris Tipo GU no pueden ser consideradas como una posibilidad para los consumidores, en las que se pueda desplazar el producto nacional por el importado. En definitiva, no existe una fuente de opciones, suficiente y oportuna, del producto que pueda ser suplida a través de las importaciones. De ahí que, el impacto de esta limitación o restricción no permite que los consumidores nacionales cuenten con opciones o sustitutos internacionales para confrontar los incrementos en el precio del Cemento Portland Gris Tipo GU derivados de comportamientos coordinados o paralelos.

Por otra parte, se ha pretendido oponer ciertos argumentos relacionados con la existencia de sustitutos del cemento, en particular, la sociedad investigada menciona que pueden ser sustitutos de éste, el bloque de arcilla, la piedra, la madera y la lámina de zinc, para la construcción de ciertas obras. Se aduce que los mencionados materiales compiten con el bloque de concreto y con las láminas de fibrocemento. Sin embargo, cabe aclarar, que esta argumentación no guarda relación con el análisis de bienes sustitutos expuesto en el caso de autos, ya que la sociedad investigada relaciona la sustituibilidad por el tipo de material que ha de emplearse en la construcción de una obra. En ese sentido plantea la comparación entre el uso de bloques de cemento versus el uso de material de madera para la construcción de una vivienda por ejemplo.

Por su parte, en el caso de autos se analizó la sustituibilidad del cemento, por su uso o aplicación (ligante, fabricación de hormigón, premoldeados y trabajos de aplicación), en el que se ha constatado que en realidad el cemento no tiene sustitutos cercanos. Obsérvese, por ejemplo, que cuando un consumidor ha tomado la decisión de construir su vivienda de ladrillo o de bloque no puede usar como ligante para pegar esos ladrillos o bloques otro producto que no sea el cemento. De igual forma los fabricantes de hormigón (empresas constructoras) no pueden sustituir el cemento en sus estructuras de hormigón armado con otros materiales distintos del cemento.

**CONSIDERANDO (10):** La relevancia de contrastar los argumentos formulados por Lafarge Cementos, a continuación se destacan las principales explicaciones y observaciones, contenidas en el Dictamen o Informe de la Dirección Técnica, las que se describen así:

**Análisis del caso a raíz de los descargos de Lafarge Cementos**

1. No obstante que en sus argumentos, la sociedad Lafarge Cementos, no explica ni contesta con justificaciones válidas el por qué del comportamiento paralelo de las empresas, particularmente cuando deciden incrementar sus precios, resulta pertinente analizar algunos datos a los que se hacen referencia en dichos argumentos. Primero, se observa que en el año 2006 los costos de la empresa Lafarge Cementos se redujeron en 4.8% con respecto a los costos del año 2005, sin embargo, los precios de ambas empresas aumentaron 7.8% en el 2006, de lo que se infiere que aún cuando se argumente que los precios son impuestos por el Gobierno, ello no concuerda con el otro argumento relacionado con que la estrategia de que sus políticas de precios se realiza sobre la base de **la evolución de los costos de producción**. Segundo, si tomamos en consideración para el análisis el quinquenio 2005-2009, podemos observar que, los costos de la empresa Lafarge han variado 23%, entre tanto los precios FOB de la bolsa de cemento se incrementaron 36% y el Índice de Precios al Consumidor vario 31%, lo cual refleja que la política de precios no se basa, como argumenta la imputada, en la evolución de costos y en la compensación del efecto negativo de la inflación en los costos, ya que los precios se han incrementado por encima del nivel inflacionario del país y nada tienen que ver con la evolución de los costos.

**Variación de los Costos y Precios de Lafarge Cementos  
Comparado con el Índice de Precios al Consumidor  
(Bolsa de Cemento de 42.5 Kg.)**

Año	Costo	Precio	Variación IPC
2006	-4.8%	7.8%	5.3%
2007	6.6%	5.5%	8.9%
2008	2.5%	13.4%	10.8%
2009	18.0%	5.1%	3.0%
2005-2009	22.9%	35.7%	30.8%

Fuente: Lafarge Cementos y BCH

2. Es necesario recordar que el principio de libre competencia protegido por la Ley, está sustentado en la rivalidad empresarial, toda vez que ésta, en esencia, propicia las acciones de los distintos agentes económicos que participan en un mercado. Así, los agentes económicos están obligados por la normativa de competencia a operar de manera autónoma en la decisión de su política de precios, evitando cualquier forma de coordinación o cooperación.
3. De acuerdo a lo que se establece en el inciso c) del Artículo 4 del Reglamento de la Ley, sobre el criterio del número de participantes en el mercado relevante, se precisa aclarar que la estructura del mercado, en este caso, oligopólica, sólo es utilizada para determinar el grado de factibilidad de coordinación mediante un acuerdo. En ese sentido, entre menor es el número de participantes en un mercado, mayor es el grado de facilidad de coordinación y administración de acuerdos colusorios.
4. Una de las características básicas de los “*commodities*” es su homogeneidad y estandarización. En Honduras el cemento es producido bajo las mismas normas de calidad o con muy baja diferenciación entre ambas marcas, lo que no permite diferenciar una marca de la otra. Las condiciones de venta ofrecidas a los

vendedores no son observadas por el consumidor final, por lo que puede afirmarse, que el cemento si puede definirse como un “*commodity*”.

5. Si se observa la evolución de las cuotas de mercado aunado al alegato de la empresa Lafarge relacionado con que en los años 2006 y 2007 no pudo penetrar más en los mercados, ya que la planta produjo a su máxima capacidad, parece indicar, desde un punto de vista de comportamiento económico, que la empresa con menor participación cubre solamente la demanda residual, lo cual sería válido, si y sólo si, existieran diferencias notables en los precios entre una empresa y otra. Por otra parte, se planteó en la resolución de formulación de cargos que “es válido advertir que, frente a un supuesto arreglo colusorio tácito de repartición geográfica del mercado, en un sistema competitivo, la distancia que el producto cemento puede recorrer para estar a disposición de los consumidores, está en función de varios factores, entre ellos, el tamaño de la fábrica, la utilización de la capacidad de producción, los costos de producción, los costos de transporte, y los precios aplicados en cada mercado. En ese sentido, las participaciones de las empresas investigadas en el mercado interno no debieran explicarse bajo el argumento de que ostentan un mercado natural. Es más, del análisis de dichos factores se desprende que no puede justificarse la casi invariable participación de cuotas de mercado que ha tenido cada una de las empresas investigadas en el período o tiempo analizado”.

**Participación en el Mercado de Cemento Según Ventas**

<b>Empresa</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>
LAFARGE	58%	58%	57%
CENOSA	42%	42%	43%

**Fuente: Datos proporcionados por Lafarge Cementos y CENOSA**

Es importante aclarar que las inferencias que hace la Comisión sobre las capacidades ociosas se realizan sobre la base de información entregada por la empresa Lafarge misma que consta en el expediente (véase folios 181 y 687).

6. En la resolución de formulación de cargos se consideraron una serie de indicios derivados de los denominados factores adicionales (*Plus Factors*), que explican algunos criterios del artículo 4 del Reglamento de la Ley entre otros:
- a) Hay pocas firmas o sólo algunas pocas grandes firmas importantes.
  - b) Las firmas son similares (en estructura de costos, procesos, objetivos, grado de integración vertical o números de productos producidos).
  - c) El producto es homogéneo.
  - d) El producto no tiene sustitutos cercanos.
  - e) La demanda del producto tiende a ser inelástica.

Un precio determinado por la oferta se refiere al grado de elasticidad del producto, en este caso, se dice que la demanda es inelástica en relación a los “Plus Factors” arriba descritos. En ese sentido se valoraron, para este mercado, los criterios a), c), d), e), f), g) del artículo 4 del Reglamento de la Ley, así:

7. En efecto, la estructura monopólica u oligopólica no puede ser declarada, *per se*, como ilegal; lo que sanciona la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia son las conductas de los agentes económicos, en este caso, que se produzcan conductas colusorias para fijar precios y repartirse el mercado, aprovechando esa estructuras empresariales y/o de mercado.
8. En relación al argumento presentado por el presunto infractor, en donde se cuestiona la imputación de que el precio es determinado por la oferta,



sosteniendo, en este caso, que dicha afirmación no constituye un hecho sino una mera suposición, se hace oportuno aclarar y resaltar aspectos fácticos que se derivan del análisis sobre la respuesta del mercado a comportamientos donde la oferta es la que determina el precio. En este caso, cualesquier cambios o variaciones en la demanda tiende a ajustarse en función de dicho precio y no de la cantidad ofertada. De ahí que esta racionalidad resulta de mucha utilidad para explicar el comportamiento del mercado, por ejemplo, en el año 2009, en el que se experimentó una caída en la demanda del cemento en el mercado hondureño. En este período particular, junto a esa caída y al hecho de que el mercado estuviera sometido y/o enfrentado a una crisis financiera mundial y a una crisis política nacional, el precio no experimentó variaciones en función de la presión del mercado, por el contrario, se mantuvo fijo, precisamente, como consecuencia de un comportamiento coordinado en la determinación del mismo, por parte de los agentes económicos involucrados. Esta estrategia conjunta permitió que los competidores entre sí lograran aumentar, en dicho período, sus utilidades brutas en ventas.

9. Desde la perspectiva del análisis económico estático del mercado, incluyendo un modelo de competencia perfecta, los precios de los competidores tienden a ser iguales. Sin embargo, desde un enfoque dinámico, que incluye el análisis de fases históricas, la igualdad de precios se deriva de una disputa o rivalidad, previa y real, por el mercado. Ello implica la adopción de estrategias de diferenciación de precios, calidad, presentación del producto, descuentos, promociones, publicidad etc.. El análisis dinámico del mercado del cemento no revela que la igualdad de precios obedezca a un comportamiento de disputa por dicho mercado sino a un comportamiento coordinado o de arreglos colusorios en la fijación de precios, tal como se evidencia con la correlación positiva, importante y continuada de precios en el mercado de cemento, posibilitada a través de los demás criterios relacionados en el expediente, en particular, los relativos al número reducido de participantes en el mercado relevante; al hecho de que los competidores deriven su actividad o prácticas por medios de medidas o disposiciones legales o administrativas; al indicio de que el mercado se comporte en apariencia como un mercado regulado, pero que en realidad se muestran relaciones de intercambio basado en arreglos coordinados; al hecho de que los presuntos infractores utilicen la Fundación Instituto del Cemento para sostener reuniones y comunicaciones, o pretender justificar un comportamiento coordinado, argumentando que reciben instrucciones o recomendaciones de dicha Fundación.

Tampoco se observa una disputa territorial en el mercado de cemento. El análisis del caso muestra, que las relativas variaciones observadas en cada una de la empresas respecto a sus participaciones a nivel departamental en períodos diferentes, según la información aportadas por las sociedades investigadas, no explica el hecho de que las cuotas totales de participación en el mercado nacional se mantuvieran invariables, esto es, 57% para Lafarge Cementos y 43% para Cenosa, pese al argumento de las mencionadas variaciones a nivel departamental.

**CONSIDERANDO (11):** Que de conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores relacionados con la formulación y contestación de cargos, proposición y evacuación de pruebas; así como del análisis y la valoración de la información y los datos recabados en el expediente, y en función, entre otros, de los criterios establecidos en el artículo 4 del Reglamento de la Ley, se estiman como hechos probados los siguientes:

1. El comportamiento paralelo en la fijación de precios del cemento revela ser una práctica restrictiva de la competencia, aún cuando se argumente que ésta deriva

de medidas o disposiciones gubernamentales. Se pudo comprobar el mismo patrón de conducta en los espacios en que no ha habido intervención del Estado. Se trata de un hecho aceptado, esto es, no controvertido de que las regulaciones de precios por parte del Poder Ejecutivo han tenido como objetivo la corrección de las conductas anticompetitivas de las empresas investigadas (Folio 328). En consecuencia, resulta lógico deducir el hecho de que las empresas en cuestión han aceptado siempre el mecanismo de fijación de precios por parte del Estado, como artificio o medio, para actuar en forma coordinada en sus objetivos de maximizar sus utilidades y sustituir los riesgos de una competencia efectiva en el mercado.

2. Los que se derivan de las Cartas que la Fundación Instituto del Cemento dirigió en fechas 29 de agosto de 2007 y 1 de agosto de 2008, al Ingeniero Rosario Bonano, Secretario de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI) (folios 409-411), en el sentido de que los agentes económicos que participan de la Industria del Cemento, a través de dicha Fundación, comunican al mencionado Secretario de Estado, el resultado de una conducta coordinada, a través de lo que las sociedades mercantiles investigadas denominan “estabilización de precios”, para o hasta el período de 2009. Este mecanismo institucional demuestra que, en efecto, los competidores entre sí, cuentan con instrumentos formales para mantener contactos entre sí, esto es, sostener reuniones y comunicaciones en los términos en que se prescribe en el inciso f) del artículo 4 del Reglamento de la Ley.

En consecuencia, se ha podido constatar que los competidores entre sí, han sustituido los riesgos de una competencia efectiva, que es la que está implícita en los procesos de licitación con respecto a las compras del gobierno, por un mecanismo de coordinación, que es el que está explícito en las cartas enviadas por medio de la Fundación Instituto del Cemento, y que lleva consigo la fijación de precios y el reparto de un cliente particular, en este caso el Estado.

3. La existencia de una similitud, o conducta paralela, en la fijación de precios a lo largo del período analizado, incluyendo la conducta paralela en las variaciones de aumentos de precio que han realizado simultáneamente ambos competidores. El hecho deducido es que la similitud de precios, aún cuando se argumente que es fijada por el Estado, ésta en realidad responde a una correlación positiva, importante y continuada de precios, que no puede atribuirse a variaciones en los precios de los factores de producción.

Este comportamiento anticompetitivo se ha facilitado con indicios o situaciones relacionadas con lo siguiente:

- a) El número reducido de participantes en el mercado relevante (un mercado oligopólico);
- b) El hecho de que los competidores deriven su actividad o prácticas por medio de medidas o disposiciones legales o administrativas;
- c) El hecho de que el mercado se comporte en apariencia como un mercado regulado, pero que en realidad se muestran relaciones de intercambio basado en arreglos coordinados;
- d) El hecho de que los presuntos infractores utilicen, adicionalmente, a la Fundación Instituto del Cemento para sostener reuniones y comunicaciones;
- e) La inexistencia de los elementos suficientes para desvirtuar cómo la empresa más eficiente (en este caso Lafarge-Cementos), con mayor capacidad instalada hasta el 2008 (13% más que la de su competidor) y costos unitarios de producción distintos (14.17% menos que el de su rival, para el año 2007) puede tener precios similares o mínimas diferencias (inferiores en un 1%) a los de su competencia.

4. Que de conformidad con la información aportada por los agentes económicos investigados, y en relación al argumento de que existen variaciones (relativas), con respecto a las participaciones a nivel departamental, ello no demuestra un comportamiento competitivo en la disputa territorial por el mercado. Es decir, no se desvirtúa el hecho presunto de reparto del mercado, cuando está acreditado que las cuotas totales de participación en el mercado nacional se mantuvieron invariables en el período analizado, que en promedio se estima en el 57% para Lafarge Cementos y 43% para Cenosa (folios 228-229) .
5. La existencia de un comportamiento coordinado o paralelo entre los agentes económicos investigados, deducido por el nexo existente entre el aumento de la capacidad productiva de Cenosa, la que a inicios del año 2009 se estimó en un aproximadamente 100% adicional, y la relación comercial entre ambos competidores, relativa al contrato de suministro, mediante el cual Cenosa le suministrará Clinker (cemento puro) a Lafarge Cementos, en las cantidades siguientes: hasta 95,000 toneladas para el año 2009, hasta 120,000 toneladas en el 2010, hasta 200,000 toneladas para el 2011; y hasta 250,000 toneladas para los períodos: 2012, 2013 y 2014 (folio 552-555), estos últimos volúmenes implican un 30% de la nueva capacidad instalada de Cenosa, lo que evidentemente revela una conducta coordinada para equiparar sus respectivas capacidades de venta.

Con esto se evidencia el comportamiento coordinado de los competidores para eliminar los riesgos de una competencia efectiva, al contrastarse con la conducta competitiva esperada por parte de Cenosa, cual es, la de aprovechar la ventaja competitiva de su capacidad instalada para disputar un mayor mercado

6. Los derivados de los Acuerdos Ejecutivos y Decretos emitidos por el Estado, en el sentido de que en ellos se expresan las motivaciones y consideraciones que se tomaron en cuenta para regular los precios máximos de venta del cemento en su presentación de 42.5 Kg.. Se acreditaron los siguientes: el Decreto No. 221-2003 de fecha 31 de diciembre del 2003 (folios 325 y 596-598), Decreto No. 239-2003 de fecha 05 de febrero de 2004 (Folio 326-327, y 599-600), Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004 de fecha 18 de agosto de 2004 (Folios 328, y 612), Acuerdo Ejecutivo No. 028-2004 de fecha 17 de diciembre de 2004 (se origina en virtud del Convenio para un Equilibrio Social Comunitario, suscrito entre la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio y las empresas Lafarge Cementos y CENOSA), Decreto Ejecutivo No. 014-2005 de fecha 30 de diciembre de 2005 (folio 329-331, y 607-609); las Actas de Compromiso firmadas en la Secretaría de Industria y Comercio (folio 407-408), con el objeto de establecer aumentos de precios. Constan por un lado el firmado con la sociedad mercantil denominada Cementos del Norte S. A., en fecha 11 de enero de 2010, y por el otro, con la sociedad mercantil denominada Lafarge Cementos S. A. de C. V., en fecha 19 de enero de 2010. De los descritos documentos, cabe resaltar el que corre agregado a folios 328 y 612. De éste se desprende, entre otras motivaciones, la expresión del supuesto anticompetitivo que dio origen a la medida gubernamental, y que fuera admitida por parte de las sociedades involucradas en la investigación. Es más, no se aporta evidencia o mejor dicho, no estuvo en controversia, la posibilidad efectiva relacionada con la capacidad de los investigados para actuar en menoscabo o grave perjuicio al proceso de libre competencia. En otras palabras, en dicho documento se formalizó la consideración sobre los motivos o razones que tuvo el Poder Ejecutivo para regular los precios máximos del cemento. En el cuarto considerando del Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004, admite la posibilidad efectiva que tienen los agentes económicos investigados para falsear o restringir la competencia. De ahí que, la disposición reguladora de fijar los precios del cemento no responde a

motivaciones ajenas, mas que a las de salvaguardar el mercado frente a conductas anticompetitivas.

Lo anterior, se contrasta con lo expuesto en los escritos de descargos por parte de las empresas investigadas en los que se argumenta que el comportamiento paralelo observado en los precios, obedece a una imposición de medidas u órdenes emitidas por el gobierno. Sin embargo, se omite que esta obediencia a la descrita fijación de precios, históricamente, también ha llevado consigo la aceptación de las descritas consideraciones que motivaron al Poder Ejecutivo para imponer las medidas administrativas o de regulación del precio del cemento.

7. Los relacionados con el aumento de las utilidades brutas en ventas de los competidores, como consecuencia de un comportamiento coordinado en la determinación del precio, evitando el riesgo de la competencia y/o la presión del mercado, aún en situaciones donde se ha experimentado una caída de la demanda, y ante el hecho de haber estado sometido y/o enfrentado a una crisis financiera mundial y a una crisis política nacional, en el año 2009. Este aspecto fáctico tiene relación con el análisis sobre la respuesta del mercado a comportamientos donde la oferta es la que determina el precio, y de donde se infiere que cualesquier cambios o variaciones en la demanda se han ajustado coordinadamente en función del precio y no de la cantidad ofertada.

Por lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que ante la inexistencia de justificaciones económicas válidas, del análisis del expediente se puede inferir que los agentes económicos investigados, con participación en el mismo mercado relevante, con productos sustitutos y con costos de producción, históricamente, diferenciados, han venido realizando comportamientos paralelos en el establecimiento de precios y en el reparto del mercado del cemento.

Es más, se pudo constatar que los agentes económicos investigados, no aportaron la información o argumentación pertinente, tampoco aportaron la actividad probatoria necesaria y suficiente que demostrara que los indicios o hechos que sirvieron de base para la formulación de cargos conducen a hechos o conclusiones distintas de las presumidas.

Dicho de otra forma, no se aportó la información suficiente o la contraprueba necesaria que desvirtuara los indicios, sobre la existencia de una similitud en la fijación de precios a lo largo del período analizado, o que explicara en forma razonable y legítima, la justificación económica sobre la existencia del comportamiento paralelo con respecto a la realización de las variaciones simultaneas en los aumentos de precios.

No se presentaron los argumentos necesarios ni la justificación económica legítima que indicara que el acuerdo suscrito entre competidores tuviera un propósito distinto al presumido, vale decir, lograr el equilibrio de sus capacidades de producción, a efecto de continuar con la tendencia de mantener un reparto del mercado. En este punto, cabe resaltar, que no se pudo establecer la concordancia entre los argumentos esgrimidos por los competidores investigados respecto a la existencia de variaciones de ofertas a nivel departamental y el hecho de que se haya mantenido, en el período analizado, la tendencia casi invariable, sobre las cuotas totales de participación en el mercado nacional, en promedio, 57% para Lafarge Cementos y 43% para Cenosa (folios 228-229).

**CONSIDERANDO (12):** Que de conformidad con el artículo 37 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, la Comisión está facultada para tomar en consideración respecto de las prácticas o conductas prohibidas en los artículos 5 y 7

de la Ley, los criterios del artículo 39, para imponer una multa por agente económico equivalente a tres (3) veces el monto del beneficio económico obtenido. Y que en caso de que no sea posible determinar el monto de este beneficio, se fijará una multa que en ningún caso podrá exceder el diez por ciento (10%) de la utilidad bruta en ventas del año fiscal precedente. Para tales efectos y en atención al informe sobre la determinación del monto de las multas y las consideraciones que exige la ley, se dictaminaron los criterios siguientes:

1. *Gravedad de la Falta:* La fijación de los precios de un bien o servicio, tanto si es de carácter horizontal, por acuerdo entre los competidores, como si es de carácter vertical, por imposición o por simple recomendación de los fabricantes a los revendedores, así como, la repartición en cuotas de mercado, constituyen una de las infracciones más graves de las normas de la competencia. Este tipo de prácticas normalmente es considerada como una acción absolutamente restrictiva de la libre competencia, por cuanto al coordinar un precio y repartirse en cuotas el mercado, se limitan o restringen severamente las opciones de precio y calidad que de otro modo ofrecería el mercado en libre competencia.
2. *Alcances de la Falta:* Las prácticas colusorias para fijar precios y repartirse el mercado, identificadas en el presente caso, permiten a las empresas participantes en la industria de la producción de cemento, explotar en coalición y de forma conjunta, el oligopolio, para conseguir el máximo beneficio y sustituir el riesgo empresarial por un esquema de colusión tácita, y asegurar una rentabilidad económica, que daña el derecho de los consumidores a elegir entre precios competitivos.
3. *Tamaño del Mercado Afectado:* El precio del cemento influye directamente en el rubro de la construcción. Dicho rubro tiene una participación dentro del Producto Interno Bruto del país de aproximadamente 6% y genera más de 200,000 empleos. Aproximadamente el 1% del PIB equivale a producción de cemento. En ese sentido un precio más competitivo implicaría un mayor dinamismo en el rubro de la construcción y por ende mayor número de empleos.

**Participación del Rubro Construcción en el PIB**  
(Millones de Lempiras)

Detalle	2005	2006	2007	2008	2009
Producto Interno Bruto p.m.	183,749	206,288	234,156	264,072	270,543
Construcción	9,407	11,390	13,929	16,511	15,943
Participación Construcción/PIB	5.1%	5.5%	5.9%	6.3%	5.9%

Fuente: BCH

Según el informe “Comportamiento del Sector Construcción en Honduras 2008”, publicado por el Banco Central de Honduras, para el año 2008 se construyeron 2.5 millones de m<sup>2</sup>, de los cuales 1.6 millones corresponde a construcciones de viviendas residenciales para unas 25,000 familias y 0.9 millones de m<sup>2</sup> para construcción de oficinas, industria y servicios.

4. *Duración de la Infracción:* La duración de la infracción en virtud de estar sujetas a conductas de trato sucesivo, en el presente caso, se ha considerado pertinente fundarla a partir de la vigencia de ley.

**CONSIDERANDO (13):** Que para la estimación del cálculo del monto de la Multa se hace preciso analizarlo, tanto en función del Beneficio Económico Obtenido como en

función de la Utilidad Bruta en Ventas, de conformidad con lo que se establece en el artículo 37 de la Ley, para lo cual se expone lo siguiente:

**1. Cálculo del Monto de la Multa en función del Beneficio Económico Obtenido:**

Dado la naturaleza de la conducta prohibida, las características de la demanda, los volúmenes ofertados y demandados, la dinámica del rubro construcción, entre otros; para poder realizar estimaciones del beneficio económico obtenido por cada agente involucrado, se debería estar en la capacidad de:

- a. Determinar con exactitud la cuantificación del concepto de beneficio económico obtenido por el acuerdo de no competencia o de no agresión comercial que ha llevado a las empresas a coordinar la fijación de precios y las cuotas del mercado (p.ej. suponer que un precio más competitivo dinamizaría el rubro de la construcción y por ende aumentaría la demanda de cemento).
- b. Conocer el comportamiento de la demanda bajo condiciones de precios competitivos, así como la reacción del precio de venta de la empresa competidora (al no conocer esta información estaríamos obligados a asumir una serie de supuestos de comportamiento tanto de la oferta como de la demanda).

Todo lo anterior, y el grado de precisión y detalle de la información con que cuenta la CDPC, nos lleva a concluir que para realizar un análisis que pretenda determinar el beneficio económico obtenido por los agentes económicos investigados, se hace necesario trabajar sobre una base de cálculo fundamentada en una serie de supuestos que nos llevaría a la necesidad de desarrollar distintos escenarios de forma de inferir el posible beneficio económico obtenido por los agentes. Lo que conlleva la dificultad y subjetividad al momento de definir parámetros relacionados a un comportamiento de mercado; haciendo con ello imposible poder determinar un monto de beneficio económico obtenido por los agentes involucrados, que no esté sesgado hacia una sobrestimación o una subestimación de los mismos.

**2. Cálculo del Monto de la Multa en función de la Utilidad Bruta en Ventas:**

Producto de lo concluido en el numeral anterior, y en vista de que el artículo 37 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia establece que en el caso de que no sea posible determinar el monto de este beneficio, la Comisión fijará una multa que en ningún caso podrá exceder el diez por ciento (10%) de la utilidad bruta en ventas del año fiscal precedente, en este caso las prácticas son sucesivas y se han observado desde la entrada en vigencia de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, por lo que, el año fiscal precedente que corresponde en este caso, es el anterior al año en que entró en vigencia la Ley, o sea el año 2005. En ese sentido, de acuerdo a los Estados Financieros que constan en el expediente, corresponden al monto de cuatrocientos cuarenta y tres millones novecientos treinta y cuatro mil seiscientos noventa y dos lempiras con cincuenta y un centavos (L. 443,934,692.51), para la empresa Cementos del Norte S. A. (CENOSA) y seiscientos cuarenta y ocho millones, setecientos mil (L. 648,700,000.00) para la empresa Lafarge Cementos.- En este sentido dadas las valoraciones del presente caso, se estima imponer un ocho por ciento (8% de la utilidad bruta en ventas del año fiscal precedente) para la empresa Cementos del Norte S. A. (CENOSA), lo que equivale a Treinta y Cinco Millones, Quinientos Catorce Mil Setecientos Setenta y Cinco Lempiras con Cuarenta Centavos (L. 35,514,775.40) y Cincuenta y Un Millones Ochocientos Noventa y Seis Mil Lempiras (L. 51, 896,000.00) para la empresa Lafarge Cementos. Cálculos que se resumen en el siguiente cuadro:

### Montos de la Multa

No.	Agente Económico	Utilidad Bruta en Ventas 2005 (Lps)	Monto Ocho Por Ciento de Multa (Lps)
1	Lafarge Cementos	648,700,000.00	51,896,000.00
2	Cementos del Norte S. A. (CENOSA)	443,934,692.51	35,514,775.40
<b>Total</b>		<b>1,092,634,692.51</b>	<b>87,410,775.40</b>

### POR TANTO:

La Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia, en uso de sus atribuciones y en aplicación a lo establecido en los artículos: 1, 80 y 82 de la Constitución de la República; 1, 116, y 122 de la Ley General de la Administración Pública; 1, 3, 4, 5 numerales 1 y 3; 6, 22, 34, 36, 37, 39, 41, 42, 44, 49, 50, 59, 62 párrafo segundo y demás aplicables de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; 1, 2, 33, 36; 39; 40; 45; 46; 47; 49; 50; 54; 55; 59; 67; 78; 79, 84 y demás aplicables del Reglamento de la Ley; 1, 22, 23, 24, 25, 26, 34, 36, 39, 72, 87, 88, 137 y demás aplicables de la Ley de Procedimiento Administrativo aplicado de manera supletoria.

### RESUELVE:

**PRIMERO: DETERMINAR**, sobre la base de elementos suficientes que corren agregados al expediente de mérito, la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia, específicamente, las relacionadas con la fijación de precios y el reparto del mercado, realizadas por las sociedades investigadas **Cementos del Norte, Sociedad Anónima (CENOSA)** y **Lafarge Cementos Sociedad Anónima de Capital Variable (Lafarge Cementos)**, constituyéndose en prácticas o conductas prohibidas, por su naturaleza, según el artículo 5 numerales 1) y 3) de la Ley.

**SEGUNDO: ORDENAR** a los agentes económicos descritos en el primer resolutivo que cesen inmediatamente en la aplicación conjunta y simultánea de la fijación de precios y en el reparto del mercado del cemento, incluyendo el cese de la relación comercial existente entre ambos competidores, formalizada mediante contrato de suministro de clinker, de Cenosa a Lafarge Cementos.

**TERCERO: IMPONER** a los agentes económicos Cenosa y Lafarge Cementos la obligación de abstenerse de realizar lo siguiente:

1. Participar en reuniones con cualesquiera instituciones del Estado, en particular, con las Secretarías de Estado en los Despachos de Industria y Comercio, y de Obras Públicas, Transporte y Vivienda, 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 de 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.

Lo anterior, no incluye las actividades o gestión y los procedimientos que deban aplicar las autoridades competentes, en el marco de las atribuciones o facultades

otorgadas por la Constitución y las Leyes, en cualesquier regímenes de regulación, tales como, los que se derivan del artículo 73 de la Ley de Protección al Consumidor vigente y/o en los previstos en la legislación sobre libre competencia.

2. Utilizar a la Fundación Instituto del Cemento como canal de comunicación y local de reuniones, para celebrar acuerdos o diseñar mecanismos, escritos o verbales, que tengan por objeto o efecto la realización de prácticas o conductas prohibidas, o arreglos entre los agentes económicos competidores o competidores potenciales, para falsear los principios y procedimientos de libre competencia prescritos en la legislación sobre competencia.

**CUARTO: IMPONER** por medio de sus representantes legales, las multas a los agentes económicos infractores, así:

1) Treinta y Cinco Millones, Quinientos Catorce Mil Setecientos Setenta y Cinco Lempiras con Cuarenta Centavos (L. 35,514,775.40) a la sociedad mercantil denominada Cenosa.

2) Cincuenta y Un Millones Ochocientos Noventa y Seis Mil Lempiras, con cero centavos (L.51, 896,000.00) a la sociedad mercantil denominada Lafarge Cementos.

**QUINTO: ORDENAR** a los agentes económicos denominados Cenosa y Lafarge Cementos que publiquen en dos (2) diarios de mayor circulación en el país, y a su costo, la presente resolución definitiva (entiéndase que la publicación deberá realizarse antes de enterarse las multas) de conformidad con el artículo 50 numeral 10) de la Ley.

**SEXTO:** Que de conformidad con el artículo 41 numeral 1) de la Ley, la Comisión mediante resolución motivada puede aplicar sanciones sucesivas a los agentes económicos y a las asociaciones de agentes económicos, desde mil lempiras (L.1,000.00) hasta cincuenta mil lempiras exactos (L.50,000.00) por cada día de retraso en el cumplimiento de lo ordenado en la resolución, hasta por un máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha en que se hizo la notificación de la resolución, para poner fin a las prácticas o conductas que infrinjan las disposiciones de la ley y sus reglamentos. En aplicación al procedimiento que manda la ley procédase a notificar por medio de la Secretaría General el presente acto definitivo, por el que se sanciona con multas. Asimismo, de conformidad con el artículo 79 del Reglamento de la ley se establece que si dentro del plazo de ley no se interpusiere el recurso de reposición a que se refiere el artículo 45 de la Ley, la resolución quedará firme.

Las multas que se imponen a los infractores en la presente resolución, una vez agotada la vía administrativa, deberán enterarse en la Tesorería General de la República dependiente de la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la resolución.

El obligado al pago deberá presentar a la Comisión original y fotocopia del recibo de ingreso emitido por la Tesorería General de la República dependiente de la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas, a más tardar tres días después de efectuado el pago, como constancia del cumplimiento de su obligación.

La mora en el pago de toda multa que aplique la Comisión de conformidad con la ley correspondiente, devengará el interés moratorio conforme a la última tasa activa



promedio más alta del sistema bancario, publicada por el Banco Central y que también se aplica para las obligaciones tributarias en mora.

Transcurridos los términos arriba mencionados sin que la Comisión compruebe el pago de las multas, el Pleno de la Comisión solicitará al Procurador General de la República que los adeudos respectivos se hagan efectivos por la vía ejecutiva. Para tal fin, la certificación de la resolución final tendrá fuerza ejecutiva, a la cual se le adjuntará constancia de que a la fecha no se ha realizado el pago.

**SEPTIMO:** Para los efectos legales correspondientes, instrúyase a la Secretaría General para que proceda a notificar la presente Resolución a los apoderados legales de las partes interesadas. - **NOTÍFIQUESE. (F) OSCAR LANZA ROSALES. Presidente. (F) CARLOS WILFREDO CRUZ MEJÍA. Vice-presidente. (F) RUBIN J. AYES PAZ. Comisionada Secretaria Pleno.**

**OSCAR LANZA ROSALES**  
Presidente

**JUAN ÁNGEL DÍAZ LÓPEZ**  
Secretario General

**RESOLUCIÓN NÚMERO 029-CDPC-2010-AÑO-V. COMISIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.** Sesión Ordinaria del Pleno número **45-2010**. Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, Veintiséis de Noviembre de dos mil diez.

**VISTO:** Para resolver los recursos de reposición interpuestos por la sociedades mercantiles Lafarge Cementos, S. A. de C. V. (Lafarge Cementos) y Cementos del Norte, S. A. (Cenosa), por medio de su apoderados legales debidamente acreditados en autos, contra la Resolución Definitiva Número 022-CDPC-2010-AÑO-V., contenida en el Expediente Número **043-PIO-1-2008**, relativo a los procedimientos para sancionar las prácticas, actos y conductas prohibidas y para exigir información, ordenados de oficio por la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Comisión) y en los que se determinó, mediante dicha resolución, la existencia de conductas concertadas consistentes en el establecimiento de precios y en repartirse el mercado, prácticas que son restrictivas y prohibidas por su naturaleza, según el artículo 5 numerales 1) y 3) de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley), y realizadas por Cenosa y Lafarge Cementos.

**CONSIDERANDO (1):** Que en efecto, el acto administrativo que puso fin a los comportamientos anticompetitivos, se emitió en la Sesión Ordinaria número 39-2010 de fecha seis de octubre del año 2010, en la que el Pleno de la Comisión dictó la Resolución Número 022-CDPC-2010-AÑO-V, que puso fin a los procedimientos sustanciados contra los agentes económicos Cenosa y Lafarge Cementos, en la que se determinó la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia, específicamente, las relacionadas con el establecimiento de precios y el reparto del mercado, mediante prácticas colusorias, por parte de ambas sociedades mercantiles. En consecuencia, se ordenó el cese inmediato de la aplicación conjunta y simultánea de la fijación de precios y el reparto del mercado del cemento, incluyendo el cese de la relación comercial existente entre ambos competidores, formalizada mediante contrato de suministro de clinker, de Cenosa a Lafarge Cementos; además se impuso una multa sancionadora de conformidad con la Ley, así como, varias obligaciones que los agentes económicos sancionados deben de observar en el devenir de sus operaciones.

**CONSIDERANDO (2):** Que en fechas 29 de octubre y 01 de noviembre del presente año, los Abogados Víctor Hugo García Ochoa y Claribel Medina, apoderados legales de las sociedades Lafarge Cementos y Cenosa, por su orden, presentaron ante la Comisión un escrito de recurso de reposición, por el cual impugnan la totalidad de la Resolución 022-CDPC-2010-AÑO-V de fecha seis de octubre de dos mil diez, antes descrita.

**CONSIDERANDO (3):** Que Lafarge Cementos, en el escrito de recurso de reposición, reitera y ratifica todos y cada uno de los argumentos, y conclusiones manifestadas en el Escrito de Respuesta a Cargos que presentó ante la Comisión. En adición a lo anterior manifestó lo siguiente:

- 1) Menciona que todo el planteamiento de la Comisión se basa en supuestos que, como es bien sabido en el medio legal hondureño, no son considerados como plena prueba de ningún hecho; criterio compartido con el Reglamento de la Ley que establece en su artículo 45 que para poder utilizar presunciones contra un agente económico, debe probar la intención del mismo.
- 2) En relación con la parte resolutive del acto impugnado, en especial, el que se refiere a la determinación de la existencia de prácticas restrictivas, el recurrente manifiesta que la Comisión debe sujetarse a la observancia absoluta del marco legal hondureño y en especial a la jerarquía normativa establecida en el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública; en ese sentido, previo a determinar cualquier situación, la Comisión debe desarrollar su investigación dando preeminencia a las garantías establecidas en la Constitución de la República (Debido Proceso, Principio de Inocencia, Derecho de Defensa), obligación que se encuentra claramente identificada en el artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública. Por lo tanto, expresa el recurrente en el escrito de recurso, la Determinación de la Comisión puede sólo proceder cuando se hayan presentado pruebas irrefutables en contra de los agentes económicos, y que la Comisión no debe basar su intención de sancionar con base en meras presunciones que no cuentan con ningún apoyo probatorio; en el mejor de los casos, la Comisión ha argumentado la existencia de presunción “simple” (o presunción no legal), establecida en el artículo 1538 del Código Civil, norma que la Comisión erróneamente cita como derogada y que a la presente fecha es Derecho Positivo en Honduras, lo cual es por si mismo suficiente motivo para la procedencia del presente recurso de reposición. Agrega en el escrito presentado, que las presunciones “simples” jamás han sido consideradas en el ordenamiento jurídico como plena prueba, por lo que la supuesta determinación tomada por la

Comisión adolece de vicio según lo establece el artículo 40 literal a) de la ley de Procedimiento Administrativo.

- 3) Afirma que el supuesto valor probatorio de las presunciones, es válido únicamente para las presunciones legales, las explícitamente establecidas en la ley, y aún así, la presunción legal queda sujeta a que se presente prueba que refute la misma, por lo tanto, y siguiendo la lógica básica humana, si las presunciones legales, que tienen un mayor valor probatorio que las presunciones “simples”, no tienen carácter de plena prueba, mucho menos lo tendrán las presunciones “simples”, por lo que cualquier parte que pretenda utilizar una presunción “simple” para justificar su particular punto de vista deberá sustentar tal presunción “simple” con otras pruebas; pretender darle a una presunción “simple” el alcance de una presunción legal, y pretender que Lafarge Cementos pruebe la inexistencia de violación a la Ley, es un potencial abuso de autoridad (violación directa al artículo 321 de la Constitución de la República de Honduras) que la Comisión debe considerar al resolver el presente recurso.
- 4) En vista del artículo 1538 del Código Civil, el Recurrente Considera, tal como lo expresa en su escrito, que para que una presunción “simple” se tenga como configurada debe llenarse los siguientes requisitos: i) que haya un hecho demostrado; ii) que exista un hecho que se trate de deducir; iii) que entre ambos hechos haya un enlace preciso y directo; y, iv) que como medio de deducción se utilicen las reglas del criterio humano.
- 5) En su escrito el recurrente añadió un cuadro comparativo de las presunciones formuladas por la Comisión, describiendo el hecho demostrado, en este caso, el comportamiento colusorio de precios y el mantenimiento de cuotas relativas en el mercado; los hechos presumidos, estos son, la fijación de precios y el reparto de cuotas de mercado; el enlace preciso y directo; y la valoración humana. Por su parte, el recurrente también presentó un cuadro basado en las apreciaciones siguientes: hechos demostrados; comportamiento paralelo de precios y mantenimiento Relativo de cuotas de mercado; hechos que se pretenden deducir: libre administración del negocio y poca variación en capacidad de producción (períodos incluidos en formulación de cargos); enlaces precisos y directos: Por un lado, la independencia entre la actuación comercial de Lafarge Cementos y su competidor; y por el otro, ajustes menores en sistema de producción, sin inversiones considerables para aumentar capacidad de producción, Lafarge mantuvo condición de “*sold out*”, condiciones especiales del cemento (estacionalidad, almacenamiento).

En su escrito, en relación al primer enlace, el recurrente manifiesta que los fundamentos legales y racionales en los que Lafarge Cementos se fundamentó para rebatir el supuesto enlace preciso y directo por la Comisión, son: **a)** La Comisión toma en cuenta para su conclusión, un elemento que Lafarge Cementos desconoce por completo, que es el supuesto costo unitario de producción menor, en relación al de la competencia, asimismo, el hecho de que la Comisión pretenda justificar su conclusión en una supuesta ventaja desconocida por Lafarge Cementos es incongruente con la Ley y la lógica comercial. **b)** Los planes estratégicos y condiciones de negocio que se refieren a una sociedad mercantil independiente, sobre la que Lafarge Cementos no tiene ni ha tenido injerencia de ningún tipo. **c)** Referente a los 9 criterios de valoración establecidos en el Reglamento de la Ley, la Comisión pretende hacer valer como hechos las conclusiones que formuló con base en supuestos que se relacionan únicamente a dos criterios de valoración, y más aún, tales criterios (correlación de precios y pocos actores en el mercado) no constituyen por sí mismos ninguna violación o transgresión a la legislación hondureña; es decir que no es ilegal que el precio de venta de un producto sea similar en su evolución al de su competidor, y tampoco es ilegal que existan pocos competidores en el mercado.

En relación al segundo enlace, el recurrente manifiesta que los fundamentos legales y racionales en los que Lafarge se fundamentó para rebatir el supuesto enlace preciso y directo por la Comisión, son: **a)** La existencia de un mercado natural es, como su nombre lo indica, natural y puramente geográfica; es evidente que la condición de mercado natural en el caso de Lafarge Cementos, no es un factor determinante dado que la sociedad tiene presencia significativa en los mercados departamentales del país, lo que claramente demuestra que en Honduras, no existe un reparto de mercados ni mercados restringidos. Por otro lado, Lafarge Cementos no tiene capacidad ociosa, sino que, su operación comercial se ha mantenido en la condición de “*sold out*”, término que se refiere al aprovechamiento máximo posible de la capacidad de producción, y comercialización de los bienes que producen. **b)** En ningún artículo de la Ley o en su Reglamento, se identifica que si el precio de venta de un bien es determinado por la oferta entonces existe colaboración tácita de los actores económicos del mercado. **c)** Manifiesta que quedaron claramente desvirtuadas las suposiciones formuladas por la Comisión, en cuanto a que es lógico y correspondiente a Derecho que la conclusión basada en elementos de juicio errados sea también considerada errada.

En relación al criterio humano: se manifiesta sobre la inexistencia de prueba referente a que Lafarge Cementos conociera sobre la supuesta ventaja competitiva que gozaba; Lafarge Cementos es una sociedad independiente y no hay evidencia de que haya compartido planes estratégicos con ningún competidor; y considerando que la correlación de precios y la existencia de pocos actores en el mercado no constituyen por sí mismos ninguna violación o transgresión a la legislación hondureña, por lo que el recurrente se permite concluir que: por una parte, el comportamiento paralelo de precios tiene explicación lógica, racional y legal, en la libre administración del negocio de cada competidor. Por otro lado, entendiendo que la existencia de mercados naturales es intrínseca a toda actividad mercantil; siendo que a pesar de existir mercados naturales, lo cual no es ilegal, Lafarge Cementos vende su producto en todo el país teniendo presencia significativa en el mercado natural de la competencia; asimismo, bajo la evidencia de variaciones en las cuotas de mercados locales (departamentales), durante los años en investigación; considerando que Lafarge Cementos ha aprovechado al máximo su capacidad de producción y comercialización de productos; es perfectamente legal que el precio de un bien sea determinado por la oferta sin que esto implique colusión, el recurrente se defiende diciendo que el mantenimiento de las cuotas de mercado ha sido consecuencia de la mínima inversión en ampliación de la capacidad de producción, habiéndose dedicado Lafarge Cementos a efectuar ajustes menores a su proceso de producción para una mayor eficiencia que le permita satisfacer la demanda creciente (en muy pequeña medida) sin incurrir en inversiones multimillonarias.

- 6) El recurrente expresa en su escrito de recurso de reposición, que para que la Comisión pudiera determinar la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia, debería haber conducido una investigación más objetiva, reconocer la existencia de otros razonamientos y explicaciones diferentes a los argumentados por la misma, y consecuentemente reforzar su planteamiento generando pruebas fehacientes de las supuestas violaciones a la Ley, en tanto, resulta evidente que la Comisión no consideró el planteamiento alternativo presentado por Lafarge Cementos, que es obligación de la Comisión, en función del respeto absoluto a la Ley y los Derechos y Garantías de los Agentes Económicos.
- 7) El recurrente se defiende diciendo que jamás ha actuado en colusión con su competidor, y por lo tanto, rechaza la parte resolutive de la resolución relacionada con la orden de cesar la coordinación conjunta con el competidor en fijar precios y

repartirse el mercado, en virtud de no existir prácticas restrictivas de la competencia.

- 8)** Manifiesta que la existencia del contrato de suministro de clinker no representa ninguna restricción a la libertad de competencia; en efecto, Lafarge Cementos produce su propio clinker y sólo en ocasiones especiales (fallas de producción, mantenimientos especiales) se deja de producir y por lo tanto se debe de adquirir el clinker de los proveedores disponibles, a estos efectos, CENOSA es el único proveedor disponible a nivel nacional, que además exporta tal materia prima a otros países y a otros clientes diferentes de Lafarge Cementos. Expresa que el contrato es una opción de compra, en el cual se establece el monto máximo posible de suministro, que no necesariamente se debe de adquirir, prueba de ello es que Lafarge Cementos sólo ha adquirido de tal proveedor, durante los años objeto de investigación, un equivalente al uno punto sesenta y tres por ciento (1.63%) de la producción propia de clinker de Lafarge Cementos, lo cual hubiese sido fácilmente identificable por la Comisión de haber efectuado una investigación mas objetiva y completa sobre este tema específico; por lo que el contrato no implica una obligación de compra efectiva, aún cuando existan montos estimados anuales, por lo que ordenar el cese de tal relación comercial es absolutamente arbitrario.
- 9)** Manifiesta que todas las reuniones celebradas con entidades del Gobierno han sido y serán efectuadas dentro de los parámetros legales respectivos; y en todo caso, tales relaciones han pretendido mantener descuentos especiales para los proyectos sociales que desarrolla el Estado, lo cual por definición (artículo 9 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia) no constituye una práctica restrictiva a la libre competencia. Asimismo, afirma que su actividad y participación dentro del Instituto del Cemento no ha sido objeto de formulación de cargos por parte de la Comisión, además, que la misma se mantiene dentro del margen de la Ley. Agrega que no existe ningún planteamiento de la Comisión durante la investigación, formulación de cargos, ni en la resolución impugnada, que acredite que tal entidad fue utilizada para fines contrarias a la Ley.
- 10)** El recurrente impugna en su totalidad la fijación de multa, fundamentado en todas las consideraciones, análisis, documentos, información y argumentos presentados ante la Comisión durante la investigación, respuesta a formulación de cargos y el escrito de recurso de reposición.
- 11)** Lafarge Cementos alega que en la Resolución impugnada, la Comisión pretende, en algunos casos, cambiar los argumentos base de la formulación de cargos, específicamente la información facilitada por Lafarge Cementos y el alcance de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, es decir, el cambio de

fundamentos y argumentos aludidos por la Comisión, incluye análisis y relaciones entre supuestos hechos que no fueron parte de la formulación de cargos (puntos sobre los que Lafarge Cementos no pudo rebatir oportunamente, lo cual constituye una limitación al Derecho de defensa y la Garantía del Debido Proceso).

- 12)** Menciona que en relación a los hechos imputados y según el artículo 45 del reglamento de la Ley, la intencionalidad de restringir la competencia debe estar probada, pero no por medio de suposiciones sino debidamente acreditada por los medios probatorios establecidos en el ordenamiento jurídico hondureño, situación que no se ha presentado en el presente caso, puesto que la Comisión no ha probado que existió o exista intencionalidad de parte de Lafarge cementos para violentar ninguna disposición legal relacionada a la libre competencia.
- 13)** Lafarge discrepa con el planteamiento formulado por la Comisión, relacionado con la ilicitud de la práctica restrictiva, dado que la base del planteamiento es asumir que la posibilidad de ilicitud es una presunción legal y pretende hacer que Lafarge Cementos genere una prueba en contrario, lo cual es incongruente pues no estamos ante presunciones legales sino ante presunciones “simples” que no pueden ser, por sí mismas, consideradas como pruebas irrefutables, por lo que la obligación de probar la existencia de conductas ilegales le corresponde a la Comisión, quien ha reconocido que no ha podido generar pruebas reales durante la presente investigación. Asimismo, en relación a la supuesta aceptación de las consideraciones planteadas en el Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004 que emitió el Poder ejecutivo, la Comisión omitió hacer referencia de tales medidas administrativas durante la formulación de cargos, con lo cual ha imposibilitado a Lafarge Cementos a manifestarse sobre las mismas, en efecto, el planteamiento sería fácilmente contrareestado en virtud de acciones legales incoadas ante órganos jurisdiccionales por parte de Lafarge Cementos; pretender fundamentar una supuesta aceptación de prácticas ilegales, en documentos que no han formado parte de la formulación de cargos y además que no han sido investigados en su totalidad (es decir, la falta de investigación sobre las acciones legales que contra tales medidas se adoptaron), es contrario a las garantías del Principio de Inocencia, Debido Proceso y Derecho de Defensa.
- 14)** En relación al comentario de la Comisión relacionado que el Estado/Gobierno actuó para defender a los consumidores de las prácticas y comportamientos anticompetitivos fundamentalmente de estructuras empresariales monopólicas u oligopólicas, el recurrente alega que en ningún momento el Estado/Gobierno efectuó una investigación o proceso legal para determinar las supuestas prácticas y comportamientos anticompetitivos, razón por la que la intervención del



Estado/Gobierno sobre la Industria Cementera fue temporal y sin fundamento, lo cual fácilmente hubiera sido comprobado por la Comisión al efectuar una investigación más objetiva y completa sobre tal situación, o al incluir este punto en la formulación de cargos, por la documentación que los Agentes Económicos pudieran haber aportado, lo que constituyó una limitación al Derecho de Defensa, Debido Proceso y Principio de Inocencia.

- 15)** Acepta que el Instituto del Cemento dirigió comunicaciones al Secretario de estado en los Despachos de Obras Públicas Transporte y Vivienda (SOPTRAVI) para efectos de comunicar los precios que previamente habían sido definidos por cada uno de los Agentes Económicos y el Estado de Honduras, incluyéndose dos tipos de notificación, por un lado, sobre ajustes al precio de venta para el año 2008, y por el otro, mantenimiento de precios de venta para el año 2009; por lo tanto las comunicaciones en referencia, no constituyen manifestación de un acuerdo directo al que llegaron los agentes económicos, sino que constituyen la notificación del acuerdo al que se llegó con el Estado mismo con relación a los ajustes de precio. Asimismo, manifiesta que en ningún momento se ha pretendido repartir al Estado como cliente; es imposible deducir de tales notificaciones la asignación de cuotas de venta hacia el Estado de Honduras.
- 16)** Manifiesta que, en todo caso, lo pretendido por la intervención del Gobierno es negociar con Lafarge Cementos un ajuste menor al originalmente establecido por la empresa, con el objeto de reducir el impacto del ajuste en los consumidores finales; por lo tanto este tipo de reuniones, principalmente por lo establecido en el artículo 9 de la Ley, no pueden ser consideradas por la Comisión como perjudiciales para el mercado y consumidores finales, aún y cuando, constituye una restricción al derecho de fijar los precios de venta sin intervención del Estado, en tanto que Lafarge Cementos ha cedido ante las peticiones del Gobierno y ha reducido el porcentaje de ajuste pretendido, lo que finalmente se traduce en un beneficio real al consumidor puesto que el producto no aumenta en su precio al ajuste inicialmente pretendido. Asimismo, agrega que la Comisión desde el inicio de sus actividades ha tenido conocimiento sobre la intervención de la Secretaría de Industria y Comercio con relación a los ajustes de precios de venta para el cemento, incluso ha participado en tales intervenciones, y hasta el momento no se había manifestado en contra de tales reuniones, en todo caso, su participación ha convalidado este tipo de llamamientos efectuados por la Secretaría de Industria y Comercio.
- 17)** En cuanto al contrato de clinker, alude que el clinker es considerado como un producto objeto de comercialización a nivel mundial, siendo el principal consumidor, la industria cementera. Relata que según el contrato suscrito, el

suministro que Lafarge ha contratado no constituye ni obligación mínima o máxima de compra, reservándose el derecho de solicitar la cantidad que necesite o requiera sin la obligación de comprar la totalidad de las estimaciones estipuladas en el contrato. Por lo que considera ilógica la conclusión de que en virtud de ese contrato de materia prima, no se pueda efectuar importaciones de cemento gris, es decir, la posibilidad de importación de cemento en el país es existente y no hay barreras reales para la misma; en efecto, la inexistencia de importaciones de cemento probablemente obedece a que tal importación no es rentable, por el precio de venta en el extranjero y los costos que implicaría el transporte, por lo tanto, el cemento más barato de consumir es el cemento producido a nivel nacional.

- 18)** Menciona que en ningún momento han argumentado una imposición de precios de venta del cemento, sobre este punto apunta que el ajuste de precios atiende a las expectativas de utilidad de los accionistas, el interés de los clientes en el producto, y la evolución de costos. En ese sentido, manifiesta que la libre administración del negocio se configura cuando el Consejo de Administración de la entidad, busca el mejor “balance” entre volúmenes/precio, considerando los tres factores antes aludidos, lo que constituye una decisión económica de administración que toma el Consejo de forma independiente para maximizar la utilidad; decisión que no constituye una infracción a la Ley. Asimismo, expresa que en principio, el ajuste en los precios pretende sopesar el efecto de la inflación en nuestros costos, además los costos de producción de Lafarge Cementos se han incrementado por encima del índice de inflación del país.
- 19)** Referente a los hechos probados mencionados por la Comisión, considera que los únicos hechos probados son el comportamiento paralelo de precios de venta y la relativa estabilidad en la cuota de mercado de cada agente económico; decir que cualquier otro hecho ha sido probado durante la presente investigación es contrario a toda la teoría probatoria aplicable en el marco jurídico hondureño. Alega que la Comisión en base a estos dos hechos probados ha construido una teoría débil, basada en una serie de suposiciones simples, pretendiendo elevar las mismas a nivel de presunciones para hacerlas valer como prueba fehaciente. Apunta que la Comisión, en la resolución impugnada, ha fallado en generar y aportar pruebas reales y fehacientes de las alegadas prácticas colusorias.
- 20)** Respecto a la estimación de la multa, señala la improcedencia de una sanción pecuniaria en virtud de que la Comisión no ha sustentado su caso en contra de Lafarge Cementos, y lejos de aportar evidencias concretas, reconoce que ha fallado en aportar pruebas contundentes y fehacientes, siendo la determinación de una sanción y el monto al que la misma asciende es evidentemente arbitrario y

por ende atenta contra las garantías del Debido proceso, Inocencia y Derecho de Defensa de Lafarge Cementos.

- 21)** Concluye en que la Comisión desconoce la Industria del Cemento, por lo cual, el análisis de la misma es incompleto, lo que deriva en que la Comisión efectúe planteamientos parcializados; si la Comisión hubiera realizado una investigación más objetiva, habría llegado a un grado adecuado de comprensión sobre la industria, y todas las circunstancias relacionadas a la misma. Igualmente hace referencia al reconocimiento efectuado por la Comisión en relación a no haber podido producir pruebas reales sobre las supuestas prácticas colusorias, lo cual confirma directamente el planteamiento de Lafarge Cementos en cuanto a que la Comisión únicamente se basa en presunciones “simples” para intentar justificar la pretendida sanción económica, en especial, según el artículo 45 de la Ley.

**CONSIDERANDO (4):** Por su parte el recurso presentado por Cenosa, en el que inicialmente dice que oportunamente contestó todos los cargos que le fueron formulados, y en los que negó completamente que estuviera practicando conductas restrictivas de la competencia; adicionalmente, expone que para efectos de acreditar los extremos alegados, se propusieron varios medios probatorios, que a su criterio, la Comisión no ha tomado en cuenta, por lo que apoya el recurso de reposición interpuesto en las razones siguientes:

- 1)** Alega que en inobservancia del artículo 78 del Reglamento de la Ley, la Comisión ha basado la resolución impugnada únicamente en presunciones, que si bien en el momento inicial del proceso investigativo eran aceptables basadas en indicios, no pueden en una resolución definitiva determinar la existencia de conductas prohibidas basándose siempre en aquellos indicios cuando no se encontraron elementos suficientes.
- 2)** Señala que en el curso del procedimiento se propusieron y evacuaron varios medios de prueba que demuestran que Cenosa no ha ejercido prácticas restrictivas de la competencia ni fijando precios ni repartiéndose el mercado. Sobre el particular, el recurrente resume en el escrito presentado los medios de prueba siguientes:
  - a)** Documentales: Referente a las copias autenticadas de diferentes Acuerdos y Decretos emitidos por el Gobierno de la República, se acredita la intervención que ha tenido el Gobierno en la fijación del precio del cemento, lo que demuestra que no ha habido ningún acuerdo expreso ni tácito entre las empresas cementeras que operan en el país. En cuanto a los planes de incentivos para incrementar ventas en los años 2009 y 2010, explica que los mismos responden a estrategias que Cenosa ha implementado para

incrementar sus ventas en todo el país, los que no serían necesarios si efectivamente hubiese existido una repartición de mercado entre las empresas de la industria del cemento.

- b) Testificales:** Según explica en su escrito, la declaración tomada al señor Juan Carlos Sikaffy Canahuati muestra que nunca se le ha limitado el volumen de venta del cemento en Tegucigalpa y que el volumen de ventas de cemento Bijao se ha venido incrementando, además que el precio ha venido siendo fijado por el gobierno. Según el recurrente, la declaración vertida por la señora Dunia Gálvez de Sarmiento, acredita que se distribuye cemento Bijao en la zona de occidente, que al testigo nunca se le ha limitado la venta de cemento ni establecido ninguna cuota máxima de venta de cemento Bijao y que el precio que ofrece la empresa es puesto en la fábrica (sin valor del flete de transporte). El último testigo, el señor Erick Manuel Stefan Saybe, manifestó ser distribuidor de cemento Bijao para la zona de Choluteca.
- c) Inspecciones:** Menciona que se practicaron dos inspecciones, la primera en las instalaciones de la empresa Cenosa, donde quedaron demostradas todas las estrategias e inversiones realizadas por Cenosa en aras de aumentar su producción, su rentabilidad y ventas en las zonas más alejadas de la planta de producción. La segunda inspección se efectuó en la Dirección General de Protección al consumidor de la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio en la que se pudo constatar la veracidad de los acuerdos y decretos emitidos por el Gobierno de la República para fijar los precios, de los cuales se desprende la insistente intervención del Gobierno en la fijación de precios. Agrega que aunque ya no emiten este tipo de actos, llaman por separado a cada empresa participante de la Industria del cemento, para que quede un precio de cemento que el Gobierno recomienda a dicha empresa.
- 3)** Menciona que toda la resolución impugnada se basa en presunciones para determinar la existencia de supuestas conductas restrictivas de la competencia, pero dichas presunciones no parten de ningún hecho cierto y probado, aún más, el Código Civil establece que las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado, y para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.
- 4)** Explica que en relación a lo expuesto sobre que las presunciones deben cumplir dos condiciones necesarias para que tengan aplicabilidad y desplieguen la correspondiente eficacia, estas son, la necesidad que sobre los hechos presuntos no haya existido actividad probatoria alguna, o la existente, en su caso, no haya

conseguido el objetivo de acreditar su certeza; y que los hechos bases o indicios, estén plenamente probados, es decir, que se funden en hechos reales y probados que permita a la autoridad apreciarlos en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En cuanto a la primera condición, menciona que se ha aportado abundante prueba que los precios del cemento fueron y han sido establecidos por cada gobierno de turno. En cuanto a la segunda condición, sostiene que dicha condición no se cumple, por cuanto ningún indicio tiene relación con un hecho real y mucho menos aparece alguna prueba o prueba directa sobre lo investigado, en específico, lo relacionado a la existencia de un contrato, convenio o acuerdo para establecer precios, tarifas o descuentos o para repartirse directa o indirectamente el mercado en áreas territoriales, clientela, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento; por el contrario, lo que realmente se ha probado es que el Gobierno de turno fijaba los precios de venta del cemento y que se trata de dos agentes económicos los que venden cemento en un mercado natural para cada uno de ellos y que Cenosa cuenta con planes de incentivos económicos para poder competir en el mercado centro, sur y oriente del país. Apunta que la Comisión no pudo, y por tanto, no debió tener acreditados los hechos imputados sino a instancia de plena prueba que determinara que Cenosa ha concertado precios o se ha repartido el mercado, en vista de que las presunciones no tienen ese valor ni constituirán asidero legal para dictar resoluciones.

- 5) Considera que la resolución no atiende a los artículos 45 y 78 del Reglamento de la Ley, en cuanto a Cenosa no se le ha probado absolutamente nada, mucho menos la intención de restringir la competencia; tampoco se satisface la necesidad de elementos suficientes para establecer la existencia de actos y conductas prohibidas, en tanto no se ha probado ningún hecho.
- 6) Señala algunas incongruencias en la resolución impugnada, tales como, el porcentaje de participación de Cenosa, el que no es de 42% para los años 2005 y 2006 y un 43% para el año 2007, sino, en base a los datos de venta de cemento, incluso, a granel que oportunamente fueron proporcionados a la Comisión, los porcentajes verdaderos son 47% para los años 2005 y 2006 y 46% para el año 2007, los últimos porcentajes representan un 97% de la capacidad instalada de producción en dichos períodos; el sistema de cálculo de precio basado en la paridad de poder adquisitivo o PPA que no existe, pues tal como lo dicen en la resolución el cemento es un *commodity* por lo que debe tener precios similares en todo el mundo, asimismo, sus costos de producción (insumos, combustible, petcoke, etc.) es igual para todos los países y lo fijan las bolsas de *commodities* y no la colusión entre los diferentes agentes económicos, tal y como se da, en el caso de otros productos, como el café y el petróleo; en Honduras no hay

restricciones para el establecimiento de otras fábricas de cementos para grandes empresas transnacionales como HOLCIM y CEMEX, en especial, porque el arancel para importar cemento es de 0%, por lo que cualquier agente económico puede importar cemento de cualquier parte del mundo; en cuanto a la colaboración efectuada con el gobierno de Honduras a través de la Secretaría de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI), menciona que dicha colaboración es en beneficio de la población de Honduras y tiene como objetivo único incentivar el consumo de concreto para la pavimentación de la débil red vial del país, por lo que se asume, que se pretende apoyar la industria del asfalto en detrimento del uso de un producto netamente nacional como lo es el concreto.

- 7) Menciona que las razones para que en Honduras no se importe cemento, atienden a que sus precios son los más bajos en el área centroamericana y el alto costo del transporte del producto. También expuso que en las ocasiones en que su cemento presenta diferencias importantes con la competencia, dice que esas diferencias no han beneficiado al consumidor final, pero sí a los ferreteros que son los que se quedan con los beneficio que se derivan de dicho diferencial; tal y como sucedió a principios de este año, la competencia aumentó el precio del cemento y Cenosa mantuvo sus precios de ventas, sin embargo, en las ferreterías de las principales ciudades del país, el precio de el cemento Bijao se cotizaba a precio similar al de la competencia.
- 8) Alega que no se les puede acusar de repartir el mercado geográficamente, ya que los costos de transporte terrestre del cemento son altos, y es por esas razones, que los clientes ubicados en las zonas norte y occidente les resulta mejor adquirir el cemento que produce Cenosa; tampoco se puede señalar que tuvieron capacidad ociosa, incluso cuando en el año 2008 tuvieron que importar cemento a precios sensiblemente altos para atender el mercado. Apunta que con la intención de enfrentar un posible desabastecimiento en el mercado nacional, Cenosa ha realizado inversión para su nueva línea de producción, lo que asegura un abastecimiento de dicho mercado por lo menos para los próximos cinco años.
- 9) Por último, arguye que la Comisión olvidó conceptos relacionados con el objetivo de la Ley, como es el de procurar el funcionamiento eficiente del mercado y el bienestar del consumidor, el ejercicio de las actividades económicas correspondientes a los particulares y la generación de incrementos en la eficiencia económica y el bienestar al consumidor como compensación al efecto negativo al proceso de libre competencia, por lo que concluye, que todas las pruebas evacuadas demuestran que Cenosa en ningún momento ha incurrido en las prácticas restrictivas de la competencia que ha determinado la Comisión.

**CONSIDERANDO (5):** Que entre los puntos expuestos por los recurrentes están los relacionados con los procedimientos que aplicó la Comisión para sancionar las prácticas restrictivas y prohibidas por su naturaleza, realizadas por Lafarge Cementos y Cenosa. De ahí que se precise describir, brevemente, que la determinación sobre la existencia de las prácticas o conductas prohibidas por su naturaleza (tipificadas en el artículo 5 de la ley) en el caso de autos, requirió previamente, que la Comisión de oficio, ordenara en fecha once de enero de dos mil ocho, la apertura del expediente de investigación preliminar y el requerimiento de información a los agentes económicos involucrados. Estas diligencias fueron debidamente fundamentadas y notificadas a los agentes económicos investigados. De dicha investigación resultaron suficientes indicios de la existencia de las prácticas restrictivas y prohibidas por su naturaleza, tipificadas en los ordinales 1) y 3) del artículo 5 de la Ley, por lo que se determinó procedente la instrucción del Procedimiento para Sancionar las Prácticas, Actos y Conductas Prohibidas que se establece en los artículos 49 y 50 de la Ley, y que se describe en el Considerando siguiente.

**CONSIDERANDO (6):** Que entre los cuestionamientos realizados por los recurrentes en sus respectivos escritos, está el análisis sobre los alcances de que informa, en particular, el artículo 45 del Reglamento de la Ley. Es clara la norma cuando prescribe que el Pleno de la Comisión está facultado para apreciar los indicios que resulten de autos en su conjunto. En ese sentido, está evidenciado en el expediente de mérito, que no se han realizado consideraciones ni apreciaciones que no guarden una concordancia y convergencia entre sí, esto es, en consonancia, con los distintos y variados hechos e indicios que resultaron de las diligencias practicadas y las cuestiones planteadas por los agentes económicos investigados, así como de las que se derivaron del expediente. En ese orden, consta en autos que en la investigación preliminar, los indicios encontrados y la formulación de cargos se sustanciaron como presunciones basadas en los indicios que sirvieron de soporte para suponer la realización de las conductas anticompetitivas aludidas. Empero, en el procedimiento sancionatorio, habiéndose agotado las fases procesales de que informa el régimen legal, y por las que se le garantizaron a Lafarge Cemento y a Cenosa, las oportunidades para contestar, proponer y practicar pruebas, y demás descargos, éstos no pudieron aportar la información suficiente o la contraprueba necesaria que desvirtuara los indicios, sobre la existencia de las prácticas anticompetitivas sancionadas.

En ese contexto, es evidente que en el acto administrativo en cuestión está expresado el espíritu y la letra del procedimiento que prescribe el ordenamiento legal. Es decir, en el expediente de mérito se relaciona el cumplimiento del mandato que la Ley y el Reglamento establecen, tanto en el procedimiento para sancionar (Artículo 50 No. 1. de la Ley), como en las disposiciones generales sobre la valoración de las pruebas (Art. 45 del Reglamento). Para el caso, se establece que la Comisión está facultada para valorar las pruebas meramente indiciarias tal como se deriva de los textos siguientes: Art. 50 No. 1. *“Para determinar si una práctica, acto o conducta está prohibida, la Comisión seguirá el procedimiento siguiente: 1) Cuando existan suficientes indicios para estimar que se trata de una práctica prohibida...”*, y Art. 45. *“... El Pleno apreciará los indicios que resulten de autos en su conjunto...”*. (Lo subrayado es nuestro). En consecuencia, no debiera prestarse a equívocos que la referencia del término *indicio*, tal como se prescribe en la Ley y el Reglamento, y expuesto en las motivaciones de la resolución recurrida constituyó el vocablo legal, utilizado en las diferentes situaciones procesales comprendidas en la sustanciación de los procedimientos. En suma, está evidenciado que en el acto administrativo que puso fin al procedimiento sancionatorio se consideraron todas las cuestiones y pruebas practicadas por los agentes económicos investigados, así como de las que resultaron del expediente hayan o no sido promovidas por aquellos.

**CONSIDERANDO (7):** Que en relación con el alegato planteado por Lafarge Cementos, en el que califican de errónea la afirmación planteada por la Comisión referente a que la norma 1538 del Código Civil fue derogada por el Código Procesal Civil del 22 de enero de 2007, y que el recurrente, argumenta que a la presente fecha dicha norma es Derecho Positivo en Honduras; es oportuno aclarar este cuestionamiento, apelando al fundamento que está implícito en la citada afirmación de la Comisión, ligado al tema de la derogación de leyes, en los términos en que se regula en el Título Preliminar del Código Civil, en particular, en los artículos 43 y 44 que prescriben que: Art. 43. *“La derogación de la Ley puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la anterior...”*, Art. 44. *“La derogación expresa será total o parcial, según lo manifieste la ley derogatoria....”*. En consonancia con estas disposiciones se concluye que: *“Toda ley posterior deroga a la anterior, por aplicación del axioma jurídico: Lex posterior derogat priori”* (véase CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III D-E, p. 158); de ahí que, a la luz de esta fundamentación es que se afirma que el Código Procesal Civil del 22 de enero de 2007, entre otras disposiciones, derogó expresamente en el No. 2 del artículo 921 los artículos comprendidos del 1495 al 1538. En ese sentido, es entendido el hecho de que se haya suspendido



temporalmente la vigencia del nuevo Código Procesal Civil, mediante la reforma de su artículo 923, a través del Decreto No. 168-2009; para restablecer la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, no debe interpretarse que automáticamente recobran vigencia las normas derogadas del Código Civil.

**CONSIDERANDO (8):** La importancia que reviste el hecho de sancionar las prácticas prohibidas por su naturaleza, dado el gravísimo daño que se causa a los consumidores y al proceso de libre competencia, es oportuno resaltar los análisis y precedentes administrativos y judiciales, a los que la Comisión ha recurrido para fundar sus decisiones. En ese sentido, se establece con respecto a las prácticas restrictivas y prohibidas por su naturaleza lo siguiente:

- 1) El artículo 5 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, establece que son conductas prohibidas por su naturaleza, *los contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos entre agentes económicos competidores o competidores potenciales, escritos o verbales, que tengan por objeto o como efecto, entre otros, la de establecer precios, tarifas o descuentos o la de repartirse directa o indirectamente el mercado en áreas territoriales, clientela, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento.*
- 2) Que entre los requerimientos para demostrar las conductas anticompetitivas establecidas en el artículo 5 de la ley, están los indicados en el artículo 4 del Reglamento de la Ley, y que se definen como criterios para la valoración de la existencia de las descritas prácticas restrictivas de la competencia.
- 3) Que en el artículo 6 se establece que son nulos, y por ende, sancionable con su invalidez jurídica, cualesquier contratos, convenios, prácticas concertadas, etc., cuyo objeto o efecto fundamental sea cualquiera de las cuatro conductas restrictivas de la competencia que se enumeran en el citado artículo 5. En ese sentido, tienen un carácter incontestable una vez que se haya determinado, en función de los criterios del artículo 4 del Reglamento de la Ley, la existencia de las prácticas, combinaciones o arreglos aún cuando éstos no hayan empezado a surtir efecto.
- 4) Que de conformidad con el ordenamiento legal, la Comisión está facultada, a los efectos de determinar la existencia de las prácticas restrictivas que prohíbe la ley, a recurrir a los correspondientes razonamientos lógicos-deductivos (presunciones), teniendo en consideración uno o varios hechos base o indicios

que le permitan tener por acreditado el hecho o hechos presuntos, es decir, la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia.

Así, los indicios o hechos base están en función de los criterios establecidos en el artículo cuatro (4) del Reglamento de la Ley, y los hechos presuntos, son cualquiera de las cuatro conductas restrictivas de la competencia que se enumeran en el citado artículo cinco de la Ley. De ahí que a partir de un indicio, de un hecho admitido o probado, mediante cualesquiera medios probatorios, la Comisión puede presumir la veracidad del otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe o se establece un enlace racional, según las reglas de la sana crítica del conocimiento y criterio humano.

- 5) Que existe jurisprudencia administrativa y judicial sobre decisiones que han prohibido y sancionado las prácticas restrictivas prohibidas por su naturaleza establecidas en el artículo 5 de la Ley, y en las que las autoridades han valorado la realización de dichos comportamientos colusorios sobre la base de la prueba indiciaria aportada a los respectivos expedientes de mérito.

**CONSIDERANDO (9):** Que el procedimiento explicado en los considerandos anteriores fue sustanciado de conformidad con la Ley; a lo largo del mismo las sociedades Infractoras no lograron explicar, sino como consecuencia de la intención de las mismas en restringir la competencia, los indicios relacionados con el comportamiento paralelo de precios, que aun y cuando el Gobierno no les fijara en ciertos períodos analizados el precio de venta, el mismo se mantuvo, es mas, en dichos períodos reforzaron su táctica colusoria mediante cartas/notificaciones dirigidas por medio de la Fundación Instituto del Cemento al Secretario de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI), por medio de las cuales se establecían precios al mismo Estado; y, referente a la participación total de cuotas en el mercado de cemento, la que no representa variaciones sustanciales en los períodos analizados, sino se conserva de manera estable y coordinada en beneficio de los agentes económicos investigados, quienes mediante la suscripción de un Contrato de Suministro de Clinker de Cenosa a Lafarge Cementos sustituyen el riesgo empresarial (aumento de producción de cemento por parte de Cenosa) por un comportamiento cómodo y coordinado (suministrar clinker a su competidor); ambos indicios explican los hechos denunciados como consecuencia de la intención de la sociedades investigadas en restringir la competencia.

**CONSIDERANDO (10):** Que de conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores relacionados con el procedimiento administrativo sustanciado, los fundamentos legales analizados, así como, las cuestiones planteadas por los interesados y cuantas del expediente resultaron, con independencia de si fueron o no promovidas por los agentes económicos investigados; en el acto administrativo en cuestión se estimaron como hechos probados los siguientes:

- 1) El comportamiento paralelo en la fijación de precios del cemento revela ser una práctica restrictiva de la competencia, aún cuando se argumente que ésta deriva de medidas o disposiciones gubernamentales. Se pudo comprobar el mismo patrón de conducta en los espacios en que no ha habido intervención del Estado. Se trata de un hecho aceptado, esto es, no controvertido de que las regulaciones de precios por parte del Poder Ejecutivo han tenido como objetivo la corrección de las conductas anticompetitivas de las empresas investigadas (Folio 328). En consecuencia, resulta lógico deducir el hecho de que las empresas en cuestión han aceptado siempre el mecanismo de fijación de precios por parte del Estado, como artificio o medio, para actuar en forma coordinada en sus objetivos de maximizar sus utilidades y sustituir los riesgos de una competencia efectiva en el mercado.
- 2) Los que se derivan de las Cartas que la Fundación Instituto del Cemento dirigió en fechas 29 de agosto de 2007 y 1 de agosto de 2008, al Ingeniero Rosario Bonano, Secretario de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI) (folios 409-411), en el sentido de que los agentes económicos que participan de la Industria del Cemento, a través de dicha Fundación, comunican al mencionado Secretario de Estado, el resultado de una conducta coordinada, a través de lo que las sociedades mercantiles investigadas denominan “estabilización de precios”, para o hasta el período de 2009. Este mecanismo institucional demuestra que, en efecto, los competidores entre sí, cuentan con instrumentos formales para mantener contactos entre sí, esto es, sostener reuniones y comunicaciones en los términos en que se prescribe en el inciso f) del artículo 4 del Reglamento de la Ley.

En consecuencia, se ha podido constatar que los competidores entre sí, han sustituido los riesgos de una competencia efectiva, que es la que está implícita en los procesos de licitación con respecto a las compras del gobierno, por un mecanismo de coordinación, que es el que está explícito en las cartas enviadas por medio de la Fundación Instituto del Cemento, y que lleva consigo la fijación de precios y el reparto de un cliente particular, en este caso el Estado.

**3)** La existencia de una similitud, o conducta paralela, en la fijación de precios a lo largo del período analizado, incluyendo la conducta paralela en las variaciones de aumentos de precio que han realizado simultáneamente ambos competidores. El hecho deducido es que la similitud de precios, aún cuando se argumente que es fijada por el Estado, ésta en realidad responde a una correlación positiva, importante y continuada de precios, que no puede atribuirse a variaciones en los precios de los factores de producción.

Este comportamiento anticompetitivo se ha facilitado con indicios o situaciones relacionadas con lo siguiente:

- a)** El número reducido de participantes en el mercado relevante (un mercado oligopólico);
- b)** El hecho de que los competidores deriven su actividad o prácticas por medio de medidas o disposiciones legales o administrativas;
- c)** El hecho de que el mercado se comporte en apariencia como un mercado regulado, pero que en realidad se muestran relaciones de intercambio basado en arreglos coordinados;
- d)** El hecho de que los presuntos infractores utilicen, adicionalmente, a la Fundación Instituto del Cemento para sostener reuniones y comunicaciones;
- e)** La inexistencia de los elementos suficientes para desvirtuar cómo la empresa más eficiente, con mayor capacidad instalada hasta el 2008 (13% más que la de su competidor) y costos unitarios de producción distintos (14.17% menos que el de su rival para el año 2007) puede tener precios similares o mínimas diferencias (inferiores en un 1%) a los de su competencia.

**4)** Que de conformidad con la información aportada por los agentes económicos investigados, y en relación al argumento de que existen variaciones (relativas), con respecto a las participaciones a nivel departamental, ello no demuestra un comportamiento competitivo en la disputa territorial por el mercado. Es decir, no se desvirtúa el hecho presunto de reparto del mercado, cuando está acreditado que las cuotas totales de participación en el mercado nacional se mantuvieron invariables en el período analizado, que en promedio se estima en el 57% para Lafarge Cementos y 43% para Cenosa (folios 228-229) .

**5)** La existencia de un comportamiento coordinado o paralelo entre los agentes económicos investigados, deducido por el nexo existente entre el aumento de la capacidad productiva de Cenosa, la que a inicios del año 2009 se estimó en un 100% adicional aproximadamente, y la relación comercial entre ambos competidores, relativa al contrato de suministro, mediante el cual Cenosa le

suministrará Clinker (cemento puro) a Lafarge Cementos, en las cantidades siguientes: hasta 95,000 toneladas para el año 2009, hasta 120,000 toneladas en el 2010, hasta 200,000 toneladas para el 2011; y hasta 250,000 toneladas para los períodos: 2012, 2013 y 2014 (folio 552-555), estos últimos volúmenes implican un 30% de la nueva capacidad instalada de Cenosa, lo que evidentemente revela una conducta coordinada para equiparar sus respectivas capacidades de venta. Con esto se evidencia el comportamiento coordinado de los competidores para eliminar los riesgos de una competencia efectiva, al contrastarse con la conducta competitiva esperada por parte de Cenosa, cual es, la de aprovechar la ventaja competitiva de su capacidad instalada para disputar un mayor mercado.

- 6) Los derivados de los Acuerdos Ejecutivos y Decretos emitidos por el Estado, en el sentido de que en ellos se expresan las motivaciones y consideraciones que se tomaron en cuenta para regular los precios máximos de venta del cemento en su presentación de 42.5 Kg.. Se acreditaron los siguientes: el Decreto No. 221-2003 de fecha 31 de diciembre del 2003 (folios 325 y 596-598), Decreto No. 239-2003 de fecha 05 de febrero de 2004 (Folio 326-327, y 599-600), Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004 de fecha 18 de agosto de 2004 (Folios 328, y 612), Acuerdo Ejecutivo No. 028-2004 de fecha 17 de diciembre de 2004 (se origina en virtud del Convenio para un Equilibrio Social Comunitario, suscrito entre la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio y las empresas Lafarge Cementos y CENOSA), Decreto Ejecutivo No. 014-2005 de fecha 30 de diciembre de 2005 (folio 329-331, y 607-609); las Actas de Compromiso firmadas en la Secretaría de Industria y Comercio (folio 407-408), con el objeto de establecer aumentos de precios. Constan por un lado el firmado con la sociedad mercantil denominada Cementos del Norte S. A., en fecha 11 de enero de 2010, y por el otro, con la sociedad mercantil denominada Lafarge Cementos S. A. de C. V., en fecha 19 de enero de 2010. De los descritos documentos, cabe resaltar el que corre agregado a folios 328 y 612. De éste se desprende, entre otras motivaciones, la expresión del supuesto anticompetitivo que dio origen a la medida gubernamental, y que fuera admitida por parte de las sociedades involucradas en la investigación. Es más, no se aporta evidencia o mejor dicho, no estuvo en controversia, la posibilidad efectiva relacionada con la capacidad de los investigados para actuar en menoscabo o grave perjuicio al proceso de libre competencia. En otras palabras, en dicho documento se formalizó la consideración sobre los motivos o razones que tuvo el Poder Ejecutivo para regular los precios máximos del cemento. En el cuarto considerando del Acuerdo Ejecutivo No. 008-2004, admite la posibilidad efectiva que tienen los agentes

económicos investigados para falsear o restringir la competencia. De ahí que, la disposición reguladora de fijar los precios del cemento no responde a motivaciones ajenas, mas que a las de salvaguardar el mercado frente a conductas anticompetitivas.

Lo anterior, se contrasta con lo expuesto en los escritos de descargos por parte de las empresas investigadas en los que se argumenta que el comportamiento paralelo observado en los precios, obedece a una imposición de medidas u órdenes emitidas por el gobierno. Sin embargo, se omite que esta obediencia a la descrita fijación de precios, históricamente, también ha llevado consigo la aceptación de las descritas consideraciones que motivaron al Poder Ejecutivo para imponer las medidas administrativas o de regulación del precio del cemento.

- 7) Los relacionados con el aumento de las utilidades brutas en ventas de los competidores, como consecuencia de un comportamiento coordinado en la determinación del precio, evitando el riesgo de la competencia y/o la presión del mercado, aún en situaciones donde se ha experimentado una caída de la demanda, y ante el hecho de haber estado sometido y/o enfrentado a una crisis financiera mundial y a una crisis política nacional, en el año 2009. Este aspecto fáctico tiene relación con el análisis sobre la respuesta del mercado a comportamientos donde la oferta es la que determina el precio, y de donde se infiere que cualesquier cambios o variaciones en la demanda se han ajustado coordinadamente en función del precio y no de la cantidad ofertada.

**CONSIDERANDO (11):** Que lo expuesto en el párrafo anterior, a propósito de ciertos cuestionamientos planteados por los recurrentes, específicamente, lo que en el acto administrativo en cuestión, se estimó como hechos probados, resulta oportuno aclarar que los mismos se incluyeron en la Resolución Número 022-CDPC-2010-AÑO-V como resultado del análisis y valoración de la información y hechos aportados al expediente, durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio. Con ellos, se añadieron otros elementos jurídicos y fácticos, que cumplieron la función de confirmar los indicios y hechos que sirvieron de soporte para la formulación de cargos.

En ese sentido, carece de fundamento, veracidad y exactitud lo que plantea el recurrente Lafarge Cementos al afirmar que en la Resolución impugnada, se pretendió, en algunos casos, cambiar los argumentos base de la formulación de cargos, específicamente la información facilitada por Lafarge Cementos y el alcance

de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, específicamente, el análisis y relaciones entre supuestos hechos que no fueron parte de la formulación de cargos.

Igualmente, no tiene fundamento el apoderado de Lafarge Cementos, cuando dice que la Comisión no consideró el planteamiento alternativo presentado por ellos, en el sentido, de que para determinar la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia, la Comisión debería haber conducido una investigación más objetiva, reconocer la existencia de otros razonamientos y explicaciones diferentes a los argumentados por la misma; sobre este particular, cabe resaltar, en el caso de autos, que en todos los procedimientos instruidos por la Comisión, a los agentes económicos investigados se les otorgaron las debidas oportunidades procesales que establece el ordenamiento legal aplicable, incluyendo la de presentar las pruebas pertinentes y necesarias o la contraprueba dirigida a desvirtuar los indicios que sirvieron de soporte para la formulación de cargos. De ahí que no puede alegar que se violentó el Debido Proceso, Derecho de Defensa o las garantías que la Constitución y las leyes otorgan; es más durante la investigación o procedimiento sancionatorio, la sociedad Lafarge Cementos renunció, en su escrito de contestación de cargos a la fase probatoria, cuando pidió que “se tuviera por omitida la proposición y evacuación de otros medios probatorios, adicionales a los que”, según el peticionario, “están identificados en el escrito de contestación, arguyendo que la formulación de cargos estaba basada en supuestos o indicios...”.

**CONSIDERANDO (12):** Que respecto a los alegatos de eficiencias esgrimidos por Cenosa en su escrito de reposición, resulta oportuno aclarar los alcances de las prácticas prohibidas por su naturaleza y las prohibidas según su efecto, con el objeto de aclarar con los suficientes elementos de convicción, sobre la improcedencia de cualquier argumento o hecho relacionado con la eficiencia de las prácticas y/o conductas prohibidas por su naturaleza (prohibidas *per se*). En este sentido la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia establece en el artículo 5 las prácticas prohibidas por su naturaleza, y la consecuente sanción de invalidez jurídica prescrita en el artículo 6 que dice: *“Son nulos los contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos prohibidos según el artículo 5 de la ley. Los agentes económicos que los realicen serán sancionados conforme a esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que corresponda. Estos agentes económicos deberán ser sancionados aún cuando estos contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos no hayan empezado a surtir efecto”*. Por su parte, en el artículo 7 se tipifican las prácticas restrictivas que son prohibidas

según su efecto, y en la que sí se admite un examen del caso, bajo lo que la doctrina denomina, la “regla de la razón”, mediante la cual se verifica la existencia o no de motivos que justifiquen la realización de una conducta restrictiva de la competencia, así como la consideración de si las conductas restrictivas investigadas aportan incrementos en la eficiencia económica y en el bienestar de los consumidores, en los términos en que se establece en los artículos 9 de la Ley y 6 del Reglamento.

En consecuencia, el ordenamiento legal sobre libre competencia establece claramente que las prácticas prohibidas por su naturaleza, contrario a lo que se prevé para las conductas prohibidas según su efecto, no admite ningún análisis de eficiencia, ya que son nulas de pleno derecho aún cuando no hayan empezado a surtir efecto tal como lo prescribe el artículo 6 de la Ley.

En fin, se trata de prácticas cuya gravedad está en relación con el daño directo que se produce a los consumidores, en tanto que se elimina la competencia en precios y se raparte el mercado, con el objeto de extraer el excedente de los consumidores, produciéndose una pérdida de bienestar social. Por otra parte, este tipo de prácticas limitan o restringen severamente las opciones de precio, dado que se reduce el incentivo para que los agentes económicos participantes, en este caso, las empresas cementeras, compitan por una mayor participación de mercado, y por consiguiente, puedan generarse situaciones que permitan beneficios reales y efectivos para los consumidores industriales y domésticos, así como, para facilitar condiciones que favorezcan un sano proceso de libre competencia.

**CONSIDERANDO (13):** Que previo a dictar la resolución correspondiente el Pleno de la Comisión solicitó el dictamen correspondiente a la Dirección Técnica.

**POR TANTO:**

La Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia, en uso de sus atribuciones y en aplicación a lo establecido en los artículos: 64, 80, 82 y demás aplicables de la Constitución de la República; 1, 3, 4, 5, 6, 34, 36, 37, 39, 45, 62 y demás aplicables de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, 1, 79 y demás aplicables de su Reglamento; 1, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 137, 138 y demás aplicables de la Ley de Procedimiento Administrativo.

**RESUELVE:**



**PRIMERO: DECLARAR SIN LUGAR** por improcedentes los Recursos de Reposición interpuestos por los apoderados legales arriba descritos, actuando en representación de las sociedades mercantiles Lafarge Cementos, S. A. de C. V. y Cementos del Norte, S. A., en contra de la Resolución Número 022-CDPC-2010-AÑO-V, emitida por la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia, en fecha seis (06) de octubre del dos mil diez (2010).

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en toda y cada una de sus partes la Resolución Número 022-CDPC-2010-AÑO-V emitida por la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia en fecha seis (06) de octubre del dos mil diez (2010).

**TERCERO:** Se instruye a la Secretaría General para que proceda a notificar la presente Resolución a los peticionarios, indicándose en la notificación que el presente acto agota la vía administrativa, y que luego de que adquiera el carácter de firme se proceda de conformidad con lo resuelto.- **NOTÍFIQUESE. (F) OSCAR LANZA ROSALES. Presidente. (F) CARLOS WILFREDO CRUZ MEJÍA. Vicepresidente. (F) RUBIN J. AYES PAZ. Comisionada Secretaria Pleno.**

**OSCAR LANZA ROSALES**  
Presidente

**JUAN ÁNGEL DÍAZ LÓPEZ**  
Secretario General