

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN N° 072/2013
La Paz, 15 de agosto de 2013

VISTOS:

La Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP); el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 091/2013 de 13 de agosto de 2013 y el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N° 092/2013 de 14 de agosto de 2013, emitidos por la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo de la AEMP; la documentación aportada dentro el procedimiento sancionador, la normativa aplicable vigente, y todo lo que ver, convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO: (Antecedentes)

Que, mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°041/2013 de 17 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas – AEMP inició de oficio procedimiento sancionador contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH) por la presunta comisión de los siguientes cargos:

- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante la citada Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante la misma Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Que, los indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de las empresas cementeras, fueron declarados probados a través del procedimiento sancionador concluido





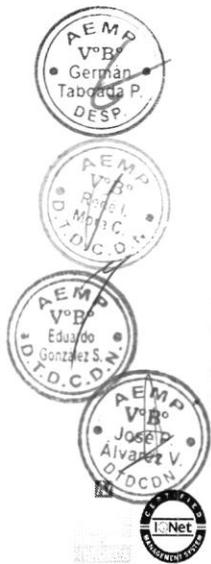
por la AEMP a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 descrita precedentemente. Asimismo, el procedimiento sancionador concluido muestra indicios de la participación del IBCH en las prácticas anticompetitivas acordadas entre las empresas cementeras. Es decir que, existen elementos que hacen presumir que las prácticas anticompetitivas probadas, descritas a continuación, habrían sido acordadas en reunión de Directorio del IBCH:

1. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. para efectivizar el incremento y la fijación simultánea del precio del cemento, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de precios presumiblemente acordada en el Directorio del IBCH y monitoreada por el mismo a través del intercambio de información.
2. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar la fijación de cuotas de mercado y la consecuente limitación o restricción a la comercialización del cemento, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, parágrafo I, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de cuotas de mercado presumiblemente controladas y monitoreadas por las empresas cementeras a través del IBCH.
3. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado de cemento, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, parágrafo I, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, distribución de espacios geográficos presumiblemente controlado y monitoreado por las empresas cementeras a través del IBCH.

Que, por nota CITE: GG/110/2013 recibida en fecha 29 de mayo de 2013, el IBCH solicitó plazo adicional de quince días hábiles administrativos para dar respuesta a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°041/2013, solicitud atendida mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N°0545/2013 de 31 de mayo de 2013 a través de la cual se le otorgó una ampliación de plazo de cinco (5) días hábiles administrativos.

Que, mediante nota CITE: GG/105/2013 recibida en fecha 05 de junio de 2013 el IBCH, solicitó copia simple del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE/N°046/2013 de 16 de mayo de 2013 e Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N°047/2013 de 17 de mayo de 2013, solicitud atendida mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N°0608/2013.

Que, por memorial recibido en fecha 10 de junio de 2013 el IBCH, expone supuestos agravios emergentes de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°041/2013 emitida por la AEMP, solicitando lo siguiente: " (...) con el Objeto de evitar nulidades posteriores que contravengan la Constitución Política del Estado, invocamos el Art.35 incisos c), d) y e) de la norma precitada, pidiendo subsanar y sanear el procedimiento y que se notifique con los siguientes documentos y se amplíe el plazo para presentar nuestros





N°041/2013 referida, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas el 17 de mayo de 2013”, memorial atendido por Auto Administrativo de 17 de junio de 2013, notificado en fecha 25 de junio de 2013 señalando que los descargos presentados por el IBCH se tenían por presentados y que los argumentos expuestos así como la documentación presentada, sería considerada al momento de redactar la correspondiente resolución, de conformidad al artículo 46, párrafo II de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, por nota recibida en fecha 19 de julio de 2013, el IBCH solicitó ampliación de plazo para la presentación de la información requerida mediante Auto Administrativo de 17 de julio de 2013, respondida mediante Auto Administrativo de 23 de julio de 2013, notificado en fecha 24 de julio de 2013, señalando que el plazo no puede ser ampliado conforme a procedimiento.

Que, mediante memorial recibido en fecha 15 de julio de 2013, el IBCH ofreció y presentó pruebas de descargo solicitando lo siguiente: “(...) Solicitamos a su Autoridad que la prueba aportada en este memorial, junto con aquella ofrecida con anterioridad y que ratificamos en su integridad, sea tomada en cuenta de manera justa y que sea debidamente valorada de acuerdo a los incisos k) y m) del Artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por el Decreto Supremo N°27113, respetando en todo momento en principio de buena fe.”.

Que, por memorial recibido en fecha 31 de julio de 2013, el IBCH presentó información y prueba adicional solicitando que “la misma se adjuntada al resto de la prueba anteriormente presentada para que sean analizados junto con ella, bajo los principios de sana crítica y buena fe”. Memorial atendido mediante Auto Administrativo de 01 de agosto de 2013, notificado en fecha 5 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO: (Descargos presentados por IBCH)

Que, en atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, el IBCH **presentó memorial de 14 de junio de 2013**, señalando los siguientes argumentos de descargo:

- a) Irretroactividad y Prescripción,
- b) Incompetencia de la AEMP,
- c) Anulabilidad y Nulidad,
- d) Naturaleza del IBCH y
- e) Descargos Puntuales.

Que, asimismo el IBCH solicitó que en virtud a los argumentos expuestos, la AEMP se pronuncie sobre la invocación de nulidad y anulabilidad de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, y pronunciándose en el fondo, desestimando todos los cargos notificados a través de la citada Resolución. Adicionalmente el IBCH presentó prueba y argumentos a través de sus memoriales de 15 de julio de 2013 y de 31 de julio de 2013.



Que, todos los argumentos técnicos y jurídicos expuestos por el IBCH, además de la documentación aportada por este dentro el presente procedimiento sancionador, son analizados y valorados a continuación de acuerdo al principio de la sana crítica.

CONSIDERANDO: (Análisis Económico)

Que, de acuerdo al análisis técnico económico efectuado a los antecedentes y argumentos del Procedimiento Sancionador iniciado por la AEMP contra el Instituto Boliviano Cemento y del Hormigón (IBCH), se emitió el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 091/2013 de 13 de agosto de 2013, que establece lo siguiente:

Análisis Económico de los descargos del IBCH.

1. ANTECEDENTES

La AEMP emitió la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2012 de fecha 23 de noviembre de 2012 (en adelante RA/N° 041/2012), la cual resuelve iniciar de oficio procedimiento sancionador contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (en adelante IBCH), por la presunta:

- "Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519...".
- "Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519...".
- "Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519...".

Mediante memorial recibido por la AEMP en fecha 14 de junio de 2013, el IBCH presenta descargos técnicos y legales que según dicha institución desvirtúan los cargos acusados por la AEMP y que dieron lugar a la Resolución RA/N° 041/2012.

2. OBJETO

El presente informe tiene por objeto valorar los descargos presentados por el IBCH mediante memorial de fecha 14 de junio de 2013, a los cargos formulados por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2012, por la obtención de beneficios o ventajas a favor de terceros que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, del Decreto Supremo N° 29519, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.



3. ANÁLISIS TÉCNICO ECONÓMICO DE LOS DESCARGOS

3.1. Respecto al desarrollo de actividades económicas por parte del IBCH

El IBCH rescata del Decreto Supremo N° 29519 el artículo 2.- (ÁMBITO). Según el cual: “Las personas naturales y/o jurídicas, con excepción de aquellas que ya se encuentran reguladas por Ley, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio nacional, están obligadas a regirse por el presente Decreto Supremo. En consecuencia, su incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones coercitivas bajo responsabilidad de las autoridades competentes”.

En su memorial de fecha 14 de junio indica que: “Revisando los Estatutos del Instituto, así como la Resolución Prefectural que reconoce su personalidad jurídica, tenemos que además de ser una persona jurídica sin fines de lucro, **no contempla en su objeto la realización de actividad competitiva alguna**, puesto que su naturaleza y objetivos son distintos” (las negrillas son nuestras). Es decir que, según el IBCH en base al objeto de la personería jurídica de dicho instituto, se entendería que este no realiza ninguna actividad económica.

En el mismo memorial el IBCH continua señalando que: “El artículo 5 de los Estatutos describe el objeto principal del Instituto y sus objetivos particulares, entre los que no se halla ninguna actividad comercial propiamente dicha, y por ello su objetivo principal no es efectuar operaciones que pudieran reportarle ganancias económicas”.

En base a la argumentación anterior el IBCH da a entender que es una persona jurídica sin fines de lucro que supuestamente no genera actividad económica; motivo por el cual no puede estar sujeta a la formulación de cargos realizada por la AEMP, concluye su argumento indicando que: “Por lo señalado, mal podría la AEMP intentar endilgar la comisión de prácticas anticompetitivas a una persona jurídica que **no desarrolla actividades económicas** en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519” (las negrillas son nuestras).

Considerando que la definición de actividad económica señala que ésta es considerada como: “**cualquier proceso mediante el cual se obtiene productos, bienes y los servicios que cubren las necesidades humanas. Permiten generar riquezas en una sociedad**”¹, procederemos analizar si el IBCH realiza o no actividades económicas.

De acuerdo a la publicación del IBCH de la revista Concretando N° 14 de diciembre del 2012, disponible en la página web² de dicha institución, podemos evidenciar que dicho instituto participa en licitaciones y **presta el servicio de consultoría (actividad económica)**, toda vez que como lo señala la mencionada revista:

- “El Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón ganó la **licitación internacional CLC-05-CAFMTOP-2011, Consultoría para Asistencia Técnica en Pavimento Rígidos y Mezclas con Ligantes Hidráulicos**. Emitida por el Ministerio de

¹ http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/actividad_economica.hp

² http://www.ibch.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=5



Transportes y Obras Públicas de la hermana República de Ecuador, con el Financiamiento de la CAF", es decir que, el IBCH al **prestar servicios de consultoría que satisface (cubren) las necesidades humanas** y permiten generar riquezas en la sociedad, es un agente económico que realiza actividades económicas.

Esta situación es ratificada por lo expresado por el Gerente del IBCH en Acta N° 81 de Reunión de Directorio de fecha 5 de julio de 2011, en la cual informó que:

- "...se dieron a conocer los resultados de **la Licitación de Asesoramiento Técnico en Pavimentos Rígidos para la República del Ecuador, dando como ganador al IBCH con un puntaje de 82.1 %, contra 51.9% del Instituto Chileno. Los Directores felicitaron al personal del IBCH por este logro y acordaron que las utilidades que resulten de este contrato puedan ser invertidas ya sea en un edificio donde estaría la sede del IBCH o en equipamiento de Laboratorio**" (las negrillas son nuestras).

Una simple lectura del Acta N° 81 proporcionada por el IBCH, permite identificar que este instituto **realiza la prestación de servicios de consultoría y que genera utilidades** presentándose en licitaciones, además de dictar distintos cursos de capacitación y/o seminarios por los cuales percibe ingresos, **servicios que se encuentran enmarcados como actividades económicas.**

Por otra parte, es preciso considerar que el Decreto Supremo N° 29519 en su artículo 3 relativo a DEFINICIONES, señala: "*Agente Económico: Toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupan*".

Es decir que, de acuerdo a la definición de agente económico presente en el Decreto Supremo N° 29519, **el IBCH es un Agente Económico**, pues según sus estatutos, este instituto es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro que oferta servicios en el mercado y además, es una asociación que agrupa a los productores de cemento.

Por lo tanto, la definición de Agente Económico presente del Decreto Supremo N° 29519, permite determinar que el IBCH reúne todas las características de un **Agente Económico que realiza actividades económicas**, toda vez que:

- Es persona jurídica de derecho privado.
- Es persona jurídica que presta servicios a empresas que participan activamente en el mercado y que genera utilidades.
- Es una asociación que agrupa a agentes económicos rivales que participan en el mercado boliviano del cemento.

Finalmente, es preciso considerar que de acuerdo a la Resolución Normativa de Directorio N° 10-0009-11 de fecha 21 de Abril de 2011 emitida por el Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), en su artículo 3 relativo a la Obligatoriedad de Registro señala que:



3.2.1. La doctrina económica analizada por la AEMP y los cargos formulados

El argumento presentado por el IBCH según el cual las acusaciones de la AEMP estarían basadas únicamente en la literatura consultada, resulta ser meramente enunciativo y omite desvirtuar los indicios presentados por la AEMP, en lo relativo a los acuerdos de participaciones de mercado. Al respecto, corresponde reiterar lo señalado en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, referido a la relación entre la conformación de carteles y la presencia o conformación de “cámaras de comercio”, “institutos”, “asociaciones”, u otros similares, como “centros de conspiración” que facilitan la continuidad de acuerdos colusorios, mediante la recopilación de información³ utilizada para el monitoreo y control del acuerdo por parte de los miembros del cartel.

A mayor ahondamiento sobre la doctrina económica utilizada, Joseph E. Harrington en su libro *How Do Cartels Operate?* (2006) señala que: “en el cartel del ácido cítrico, las empresas acordaron participaciones de mercado globales para cada empresa... Dos meses antes de especificar los tonelajes para cada miembro, **el cartel se reunía y convertía estos volúmenes en cuotas de mercado**. Específicamente, cada empresa tenía derecho a un porcentaje de oferta por la *European Citric Acid Manufacturers Association*⁴ a la cual todos los miembros del cartel pertenecían”⁵ (Las negrillas son nuestras).

Según el mismo autor, la utilización del cartel del ácido cítrico de un monitoreo del mercado mediante participaciones de mercado, se debe principalmente a que este método “*provee una manera sencilla de manejar el crecimiento del mercado*”⁶.

En el presente caso, la AEMP presentó en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, extractos del Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001, punto 2. VENTAS Y PRODUCCION MARZO Y ABRIL 2001, VENTAS, como **indicios** de que el IBCH facilitó el monitoreo de participaciones de mercado realizado por los miembros del cartel información que no constituye *literatura consultada*, sino un documento que recoge los puntos discutidos y los acuerdos adoptados en reuniones del IBCH, los cuales deben ser validados por las asociadas, y que señalan:

- “Respecto al tema de ventas, el Lic. Doria Medina indica que en la última **reunión del IBCH** se habría, analizado la posibilidad de que se tengan solamente dos empresas proveedoras de cemento por ciudad, excepto el caso de Santa Cruz donde operarían 3 cementeras, esta situación **permitiría que cada empresa pueda de mejor manera controlar su área de ventas y coordinar únicamente con la otra empresa respecto de los controles de ventas**”.

³ How Do Cartels Operate?, Joseph E. Harrington, 2006 (pag. 50)

⁴ Asociación Europea de Productores de Acido Cítrico

⁵ Traducción del texto Original: “In the citric acid cartel, firms agreed to a global sales quota for each firm and.... Two months after specifying a fixed tonnage figure for each member, the cartel met again and converted these volumes into market shares. Specifically, each firm was entitled to a percentage of supply provided by the European Citric Acid Manufacturers Association to which all cartel members belonged”. Harrington, How Do Cartels Operate?, 2006 (pag. 26)

⁶ Harrington, How Do Cartels Operate?, 2006 (pag. 26)





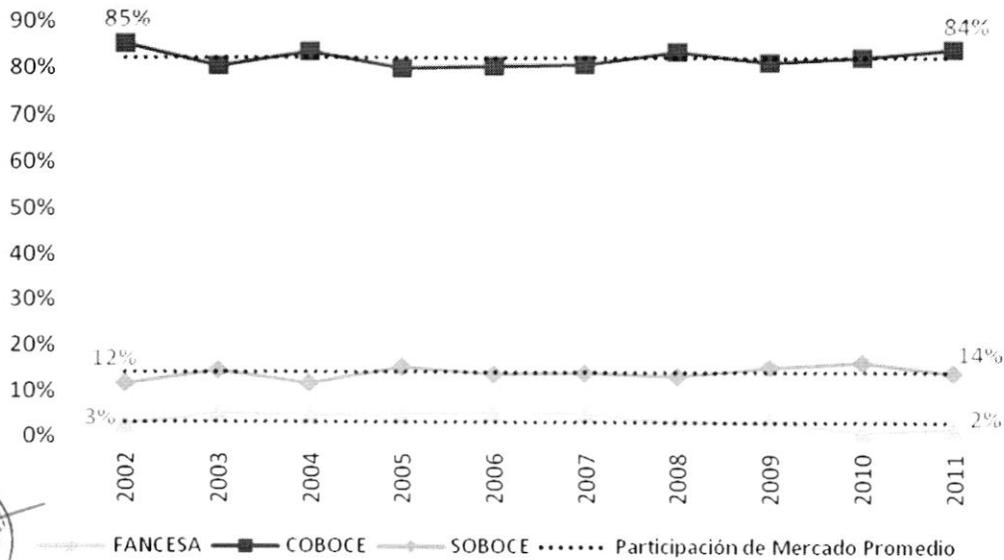
“Lic. Vilar, sobre el comentario del Presidente, indica que se debe tener mucho cuidado con ese tema y evaluar primeramente la lealtad de las demás empresas a los términos de los acuerdos, si están cumpliendo las determinaciones que se toman”.

“El Gerente General informa sobre la situación de los acuerdos, indicando que en general **existe una marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos**, en razón de que ya se han visto resultados para cada una de ellas principalmente respecto del deterioro de precios que se tenía antes y **los volúmenes que de alguna forma se vienen cumpliendo** con algunas pequeñas variaciones” (Las negrillas y resaltado son nuestros).

Este extracto presentado por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2013, como indicio de que el IBCH habría facilitado la práctica anticompetitiva de distribución de participaciones de mercado entre sus miembros, **es omitido** en su totalidad en los descargos presentados por el IBCH ya que no efectuó ninguna justificación al respecto.

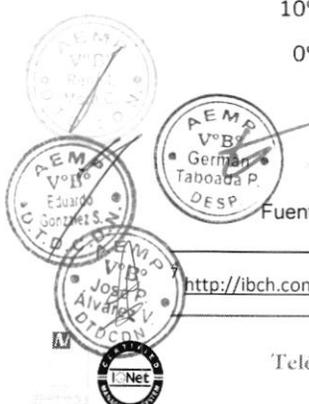
Con la finalidad de demostrar que a lo largo del periodo 2002-2011 prevaleció la “*marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos*” referidos a volúmenes, resultante de las reuniones en el IBCH (como lo expresa el Acta N° 03-2001 de FANCESA), a continuación se presentan las evoluciones de las participaciones de mercado de las empresas SOBOCE, COBOCE y FANCESA en el departamento de Cochabamba, participaciones que fueron elaboradas en base a información de volúmenes de ventas de cemento publicada por el IBCH en las estadísticas de su página web⁷ (ver gráfico N° 1).

Gráfico N° 1 Participaciones de mercado de empresas cementeras, Cochabamba 2002 - 2011



Fuente: Elaboración propia en base a datos IBCH

http://ibch.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=6



- “Todas las Personas Naturales, Empresas Unipersonales, Sucesiones Indivisas y Personas Jurídicas, éstas últimas tengan o no personalidad jurídica reconocida, nacionales o extranjeras, domiciliadas en el País, **que realicen actividades económicas** gravadas y que resulten sujetos pasivos de alguno de los impuestos establecidos en la Ley N° 843 (Texto Ordenado Vigente), así como todas las personas que no siendo sujetos pasivos de ellos y estuviesen obligadas a actuar como agentes de retención y/o percepción de los impuestos establecidos en la mencionada Ley, **tienen la obligación de registrarse en el Padrón Nacional de Contribuyentes Biométrico Digital (PBD-11) para obtener su Número de Identificación Tributaria**” (las negrillas y delineado son nuestros).

De acuerdo a información proporcionada por el Servicio de Impuestos Nacionales mediante nota CITE: SIN/GDLP/DF/SVECP/NOT/281/2013 recibida en fecha 20 de marzo del 2013, se evidencia que el IBCH **dispone de Número de NIT 1002537029**, habiendo presentado Estados Financieros al 31 de diciembre del 2011.

En base a la información precedente se evidencia que el IBCH **dispone de Número de Identificación Tributaria (NIT)**, y toda vez que de acuerdo a la Resolución Normativa de Directorio N° 10-0009-11, **todas las personas jurídicas que realicen actividades económicas disponen de Número de Identificación Tributaria**, se entiende que el IBCH realiza actividades económicas.

Por lo tanto, **queda desvirtuado** el argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría “...*actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519*”, y por el contrario queda demostrado que el IBCH es un **Agente Económico que realiza actividades económicas**.

3.2. La supuestas bases de acusación de la AEMP en contra del IBCH

El IBCH rescata de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, un párrafo en el cual se indica: “*Existe amplia literatura que señala como característica de los carteles la presencia o conformación de 'cámaras de comercio', 'institutos', 'asociaciones', u otros similares, como centros de conspiración que permiten dar continuidad a los carteles...*”.

Posteriormente el IBCH argumenta que “*De lo dicho destacan dos extremos: el primero que la AEMP basa sus acusaciones en lo que dice la "amplia literatura consultada" y no en el análisis de los hechos que puedan demostrar fehacientemente la comisión o no de prácticas anticompetitivas; el segundo, que con ligereza, la AEMP acusa al IBCH de ser un "centro de conspiración", acusación que vulnera la presunción de inocencia y el derecho a la imagen y la reputación del Instituto, siendo que dicha aseveración no tiene ningún argumento fáctico que la respalde, sino sólo referencias a la literatura consultada*”.

De la argumentación presentada por el IBCH se pueden destacar dos elementos, según los cuales:

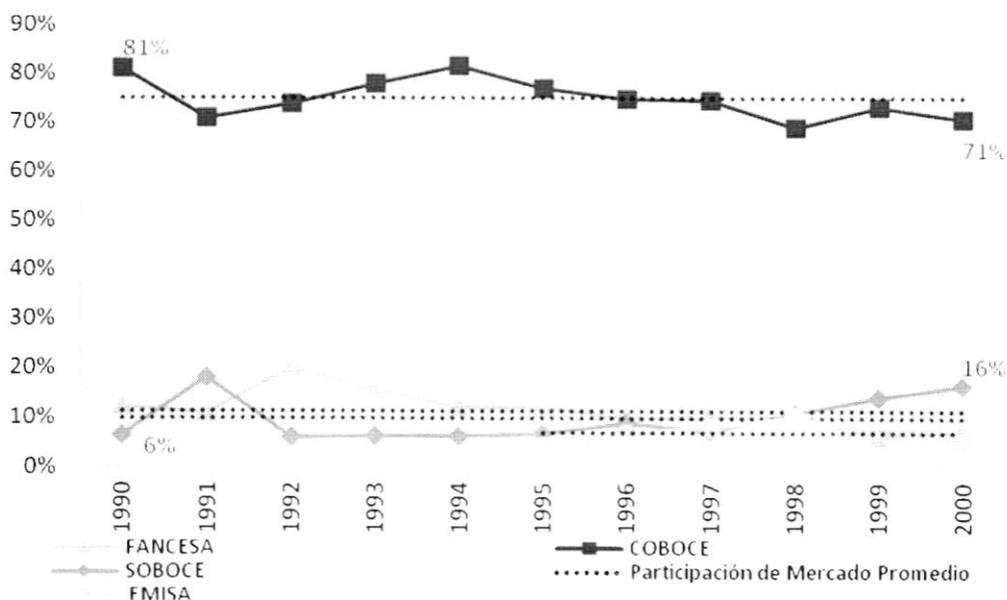
- I. las acusaciones de la AEMP estarían basadas únicamente en la literatura consultada.
- II. la AEMP habría acusado al IBCH de ser un Centro de conspiración.



Un análisis del gráfico N° 1, demuestra que los acuerdos de volúmenes (participaciones de mercado) **generados en las reuniones del IBCH**, permitieron a las empresas SOBOCE, COBOCE y FANCESA estabilizar las participaciones de mercado de dichas empresas en el departamento de Cochabamba, de manera muy similar a lo expresado por Joseph E. Harrington en su libro *How Do Cartels Operate?* (2006), respecto al método de monitoreo utilizado por el cartel del ácido cítrico, el cual se reunía y convertía los volúmenes de ventas en cuotas de mercado y de esta manera no desviarse de lo pactado.

El acuerdo de participaciones de mercado gestado en las reuniones del IBCH y la estabilidad que el mismo dio a las participaciones de las empresas cementeras en el departamento de Cochabamba, se hace aún más evidente si consideramos el comportamiento de las participaciones de mercado previas al acuerdo colusorio 2001, es decir un análisis de estas participaciones durante el periodo 1990-2000.

Gráfico N° 2
Participaciones de mercado de empresas cementeras,
Cochabamba 1990-2000



Fuente: Elaboración propia en base a datos IBCH

Un análisis del gráfico N° 2, permite evidenciar que las participaciones de mercado de las empresas que **competían** en el departamento de Cochabamba, presentaban una variación significativa respecto al promedio de sus respectivas participaciones, situación que fue eliminada una vez que fue puesto en marcha el acuerdo colusorio.

Por lo tanto, en base a las actas aportadas por la AEMP y al análisis técnico anterior, queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual las acusaciones de la AEMP estarían basadas únicamente en la literatura consultada por la autoridad. En el punto 4.3 de este documento, se profundizará el análisis respecto al rol que **la información estadística**

desagregada e individualizada publicada en la página web del IBCH, para facilitar un acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.

3.2.2. La supuesta acusación de la AEMP en contra del IBCH como Centro de Conspiración

A continuación se analiza el argumento presentado por el IBCH, según el cual, la AEMP habría acusado al IBCH de ser un centro de conspiración.

Sobre este punto, hacer énfasis en el hecho de que una simple lectura de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, permite evidenciar que los cargos formulados por la AEMP son:

- *“Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.*
- *Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.*
- *Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190”.*

En ningún momento la AEMP formula cargos o acusa al IBCH de ser un “Centro de Conspiración”, por lo tanto, el argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración, carece de sustento técnico y legal.



3.3. De la relación entre las Decisiones de Directorio de Empresas Asociadas y el IBCH

Las actas presentadas por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 pertenecientes a las empresas miembros del IBCH (FANCESA y COBOCE), en las que se señala de manera expresa el rol facilitador de dicho instituto en la comisión de prácticas anticompetitivas, se resumen en:

- I. Acta N° 82-2001 de la Cooperativa Boliviana de Cemento, Industrias y Servicios Ltda. (COBOCE) de fecha 6 de Junio de 2001, de la reunión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, señalan:

“En relación con la unidad COBOCE cemento el gerente⁸ reiteró que la causa principal por la que se presenta el déficit económico y financiero, es la dramática disminución en los precios del cemento. Asimismo informó que continúa el trabajo que se está desarrollando a través del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón (IBCH) para racionalizar el mercado”.

- II. Según Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001, en el punto 2. VENTAS Y PRODUCCION MARZO Y ABRIL 2001, VENTAS, se señala:

“Respecto al tema de ventas, el Lic. Doria Medina indica que en la última reunión del IBCH se habría, analizado la posibilidad de que se tengan solamente dos empresas proveedoras de cemento por ciudad, excepto el caso de Santa Cruz donde operarían 3 cementeras, esta situación permitiría que cada empresa pueda de mejor manera controlar su área de ventas y coordinar únicamente con la otra empresa respecto de los controles de ventas”.

“Lic. Vilar, sobre el comentario del Presidente, indica que se debe tener mucho cuidado con ese tema y evaluar primeramente la lealtad de las demás empresas a los términos de los acuerdos, si están cumpliendo las determinaciones que se toman”.

*“El Gerente General⁹ informa sobre la situación de los acuerdos, indicando que en general **existe una marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos**, en razón de que ya se han visto resultados para cada una de ellas principalmente respecto del deterioro de precios que se tenía antes y **los volúmenes que de alguna forma se vienen cumpliendo con algunas pequeñas variaciones**”.*

- III. Acta N° 07-2001 de la Fábrica Nacional de Cemento (FANCESA) de fecha 14 de diciembre de 2001, en el punto 2. VENTAS Y PRODUCCION NOVIEMBRE 2001, VENTAS se señala:

⁸ Jaime Méndez Q., Gerente General de COBOCE, era de manera simultánea Director en el IBCH.

⁹ Gonzalo Arce Arancibia, Gerente General y Secretario del Directorio de FANCESA, era de manera simultánea Director en el IBCH.



*“realizar ajuste de precios para compensar volúmenes con mejores ingresos, explica que SOBOCE por ejemplo (así como alguna otra empresa cementera) subió sus precios en 3 bolivianos desde algunos días pasados en La Paz y Tarija y 0.50 Cts. en Santa Cruz, **debiendo de acuerdo a los convenios de las reuniones del IBCH FANCESA también subir sus precios antes de fin de mes**, está subida mejorará los ingresos para el resto de la gestión y se cumpliría con las políticas asumidas ya a principios de gestión respecto de compensar los bajos volúmenes de ventas con ingresos mejorados por los ajustes periódicos de precios”.*

*“...FANCESA debe tomar la determinación de la subida de precios antes de fin de mes para mejorar los ingresos y **seguir los lineamientos que se toman en las reuniones del IBCH...**”.*

El IBCH omite completamente justificar las actas presentadas por la AEMP como indicios de que dicho instituto facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y se limita a argumentar que:

- I. *“No existe una relación de causalidad directa, pues las actas referidas por la AEMP son actas de dos empresas cementeras, no son actas del Instituto, por lo cual mal puede acusarse al IBCH por lo que dicen las actas de esas dos empresas”.*
- II. *“La AEMP pretende que el IBCH conozca las decisiones tomadas por los Directorios de sus asociadas, de los que obviamente no forma parte y respecto de cuyas decisiones no hay elemento alguno que demuestre que el IBCH formó parte o tuvo conocimiento”.*

A continuación se realiza una valoración de ambos argumentos.

3.3.1. La supuesta inexistencia de relación entre actas de empresas cementeras y el IBCH.

Respecto al argumento del IBCH según el cual, no existe una relación entre lo expresado en las actas de las empresas cementeras asociadas y el IBCH, resaltar el hecho de que por medio de este argumento el IBCH pretende desconocer la relación de carácter integral y vinculante entre las decisiones que se toman en dicho instituto y las decisiones que toman sus asociadas, situación **contraria a lo enunciado por los miembros del Directorio del IBCH en sus actas de reuniones**, al señalar por ejemplo, en Acta No.19 de Reunión de Directorio de fecha 10 de febrero del 2000 que:

- *“...El Instituto debería ser una mesa de encuentro de la industria...”.*
- *“...La coordinación de la industria es vital para su empresa, es decir que el **Instituto debe tener un rol coordinador e integrador...**” (Las negrillas y el resaltado son nuestros).*

Los extractos anteriores procedentes de las Actas de Directorio del IBCH, muestran a un IBCH que concentra a los actores de la industria cementera y que busca **coordinar e integrar** a estos últimos, puesto que ello es "vital" para las asociadas, siendo evidente la relación de causalidad entre las decisiones que se toman en las reuniones del IBCH y en las empresas afiliadas.

La necesidad de que el IBCH facilite una fluida coordinación e integración entre las empresas miembros, es indicada de manera expresa en el Acta No.24 de Reunión de Directorio de fecha 21 de noviembre de 2000, cuando se señala:

- "El Lic. Núñez indicó que se ha reducido el impulso al IBCH, que se debe promover nuevos usos del cemento, y que no se ha realizado un accionar conjunto. Expresó la necesidad de estudiar otras opciones y trabajar junto al IBCH para buscar alternativas, **sugirió que cada cementera designe personal técnico que trabaje en el día a día con el Instituto, y que se procure realizar una reunión por mes, para revisar los temas administrativos**".

Se hace evidente en base al párrafo anterior, que las decisiones que son tomadas en el IBCH son posteriormente ejecutadas por sus asociadas, llegando al extremo de sugerir que cada empresa cementera designe personal técnico que trabaje "día a día con el instituto".

Finalmente, otros 3 ejemplos del carácter vinculante entre las decisiones tomadas por el Directorio del IBCH y las decisiones tomadas por los Directores de sus empresas asociadas se evidencia en:

- i. El Acta No.28 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 28 de octubre de 2001 (respecto a la revisión de la Norma del Cemento NB 011)

"Se pidió a la Gerencia postergar la reunión solicitada por IBNORCA a fin de conocer mejor la propuesta de EMISA **y plantear una posición conjunta de la industria**".

- ii. EL Acta No.31 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 4 de julio de 2002 (respecto al pago de servicios a una consultora)

"Posteriormente, los Directores discutieron distintas modalidades para el pago a la Consultora, definiendo finalmente que el **IBCH realice directamente el contrato y que facture a las fábricas 5 cuotas iguales**, incluyendo el I.T. Todos los Directores se comprometieron a depositar la cuota extraordinaria hasta el 15 de julio".

- iii. EL Acta No.83 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 27 de enero de 2012 (respecto al Informe de Actividades del 7 de noviembre 2011 al 20 de enero 2012, sobre la Arena Normalizada)

"El Gerente explicó también que se envió muestras de Arena Normalizada a **todos los laboratorios de las cementeras** y que la mayoría de los resultados tienen un margen de error del 1% en comparación a la Arena Ottawa. **Solicitó el apoyo de los Directores para realizar una etapa de pruebas de unos 6 meses de duración**,"



enviando muestras semanales de arena con la finalidad de corroborar o corregir la arena que se está trabajando. Los Directores aprobaron esta moción".

Un análisis de los tres ejemplos anteriores, permite evidenciar que el IBCH permite a sus miembros: *i)* plantear una posición conjunta de la industria, respecto a temas de su interés, *ii)* que las decisiones tomadas por los Directores del IBCH son acatadas por las empresas asociadas (inclusive para el pago de servicios) y *iii)* que las empresas miembros del IBCH coadyuvan, apoyan e inclusive dan cumplimiento a las decisiones tomadas en dicho instituto.

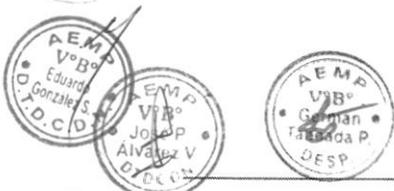
Por lo tanto, en base a una revisión y análisis de las Actas de Reunión de Directorio del IBCH, **se desvirtúa el argumento presentado por dicho instituto** en su memorial de descargos de fecha 14 de junio del 2013, según el cual no existe una relación de causalidad entre las decisiones tomadas en el Directorio del IBCH y las decisiones expresadas por los directorios de las empresas FANCESA y COBOCE en sus actas, donde de manera expresa se señala al IBCH como ente facilitador en la comisión de prácticas anticompetitivas.

Por otra parte, **queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en las reuniones de Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de **carácter vinculante e integral tomadas en el IBCH por su Directorio.**

3.3.2. Del supuesto desconocimiento de las decisiones tomadas por los Directorios de empresas cementeras y el IBCH

Respecto al argumento del IBCH según el cual, dicho instituto desconocía las decisiones tomadas por los Directorios de sus asociadas, se pudo evidenciar en el punto anterior el carácter vinculante e integrador que según los propios Directores del IBCH tiene este instituto, para con la industria.

Con la finalidad de desvirtuar el supuesto desconocimiento del IBCH respecto a las decisiones que tomaban sus asociadas y demostrar que sucedía lo contrario por el carácter vinculante e integrador con que se tomaban las decisiones en el IBCH y replicadas en las empresas cementeras asociadas, es preciso hacer énfasis en la relación existente entre el personal que conformaba el Directorio del IBCH durante la gestión 2001 y el cargo que estos Directores ocupan en sus respectivas empresas en dicha gestión; ello con la finalidad de determinar el nivel jerárquico que este personal ocupaba y la capacidad que tenían estos para, ejecutar, promover y/o coadyuvar las decisiones gestadas en el IBCH al interior de sus empresas.



Cuadro N° 1
Cargos ocupados por los Directores del IBCH en las empresas asociadas

	Gestión 2001		
	Directores IBCH	% Asistencia Reuniones de Directorio IBCH	Cargo ocupado en la empresa Asociada
FANCESA	Gonzalo Arce A.	83%	Gerente General ¹⁰
ITACAMBA	Wilson Dos Santos	83%	Gerente General ¹¹
SOBOCE	Carlos Núñez T.	100%	Gerente Nacional de Comercialización
	Armando Gumucio	17%	Gerente Administrativo Financiero
COBOCE	Jaime Méndez Q.	83%	Gerente General ¹²
	Mario Peredo	100%	
EMISA	Douglas Lloyd	50%	Gerente General

Fuente: Elaboración propia en base a Actas de Reunión de Directorio del IBCH

Un análisis del cuadro anterior permite evidenciar dos aspectos relevantes:

- i. Las personas que fungían como Directores del IBCH durante la gestión 2001, presentaban **niveles ejecutivos jerárquicos en sus respectivas empresas** (relacionados con áreas de operaciones, comercial, ventas y logística), con la evidente capacidad de ejecutar, promover y/o coadyuvar con las decisiones gestadas en el IBCH destinadas al cumplimiento de un acuerdo colusorio de participaciones de mercado, asignaciones de territorios o coordinación para fijar precios al interior de sus empresas.
- ii. El porcentaje de participación de los ejecutivos que representaban a sus empresas como Directores del IBCH era muy elevada, denotando ello la importancia de que los niveles **jerárquicos con poder en la toma de decisiones en las empresas asociadas**, estuviesen presentes en dichas reuniones. Esta situación permitía que una vez planteada **“una posición conjunta de la industria”**¹³, esta fuese seguida por las empresas miembros del IBCH.

El IBCH no puede omitir o desconocer lo señalado por uno de los miembros de su Directorio¹⁴, que fungía como Gerente General en FANCESA (asociada al IBCH), cuando este informa al directorio de su empresa¹⁵:

¹⁰ Memoria Anual FANCESA, gestión 2001.

¹¹ Memoria Anual ITACAMBA, gestión 2001.

¹² Acta N° 82/2001 de Reunión de Directorio de COBOCE, de fecha 6 de Junio de 2001.

¹³ Acta No.28 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 28 de octubre de 2001

¹⁴ Indicios presentados por la AEMP en la Resolución Administrativa RAVAEMP/DTDCDN/N° 041/2013

¹⁵ Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001





- “... sobre la situación de los acuerdos, indicando que en general **existe una marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos**, en razón de que ya se han visto resultados para cada una de ellas principalmente respecto del deterioro de precios que se tenía antes y **los volúmenes que de alguna forma se vienen cumpliendo con algunas pequeñas variaciones**”

En el caso anterior se hace evidente que la información proporcionada en Reunión de Directorio de la empresa FANCESA correspondiente a la comisión de prácticas anticompetitivas colusorias, que fueron plasmadas en las de esta empresa, **eran de conocimiento del IBCH**, puesto que el **Gerente General de FANCESA** que da a conocer la “*marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos*” colusorios, **conformaba a su vez parte del Directorio del IBCH.**

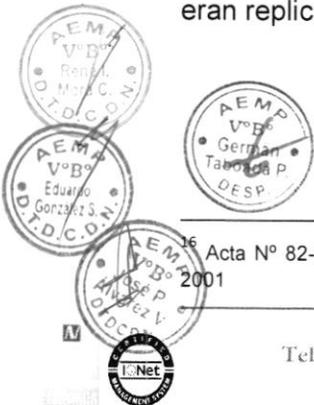
El hecho de que el acuerdo colusorio era de conocimiento del IBCH se hace más evidente, cuando una vez notificados en reunión de Directorio de FANCESA de la propuesta colusoria presentada por COBOCE, se recomienda que el Gerente comercial de FANCESA, asista a las negociaciones y dicho “*planteamiento se acepta por consenso, reiterando que se trabaje en base a acuerdos de volúmenes de despacho y precios*”; es decir que es **aceptada por el entonces Director del IBCH Sr. Jaime Navarro,**

Tampoco puede el IBCH omitir o desconocer lo señalado por otro de los miembros de su Directorio, que fungía como Gerente General en COBOCE (asociada al IBCH), cuando este informa al directorio de su empresa¹⁶:

- “...que **continúa el trabajo que se está desarrollando a través del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón (IBCH) para racionalizar el mercado**”.

Una vez más, se hace evidente que la información proporcionada en Reunión de Directorio de la empresa COBOCE correspondiente a la comisión de prácticas anticompetitivas colusorias, que fueron plasmadas en las actas de esta empresa, **eran de conocimiento del IBCH**, puesto que el **Gerente General de COBOCE** que da a conocer “*el trabajo que se está desarrollando a través del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón (IBCH) para racionalizar el mercado*” (acuerdo colusorio), **conformaba a su vez parte del Directorio del IBCH.**

Realizando un análisis similar al realizado para la gestión 2001 sobre los cargos que ocupaban los miembros del Directorio del IBCH en sus respectivas empresas, pero para las gestiones 2010 – 2011, y con ello demostrar el conocimiento del IBCH de las decisiones de carácter vinculante e integrador que eran tomadas en dicho instituto y que posteriormente eran replicadas en las empresas cementeras asociadas, tenemos que:



¹⁶ Acta N° 82-2001 de la Cooperativa Boliviana de Cemento, Industrias y Servicios Ltda. (COBOCE) de fecha 6 de Junio de 2001

Cuadro N° 2
Cargos ocupados por los Directores del IBCH en las empresas asociadas

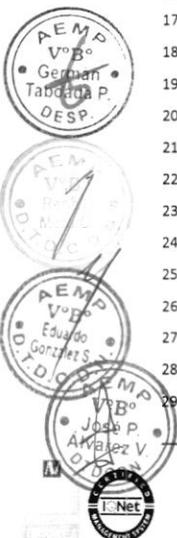
	Gestión 2010-2011		
	Directores IBCH	% Asistencia Reuniones	Cargo ocupado en la empresa Asociada
FANCESA	Jorge Bellido	43%	Gerente de Operaciones ¹⁷
	Wilmer Astete	64%	Gerente General ¹⁸
	José Luis Tuddo	14%	Gerente General CONCRETEC ¹⁹
	Juan José del Carpio	21%	Gerente General ²⁰
	Gustavo Rico	7%	Gerente Comercial ²¹
ITACAMBA	Alexander Capela	71%	Gerente General ²²
	Eduardo Kunstek	21%	Departamento Comercial ²³
SOBOCE	Armando Gumucio	86%	Gerente General ²⁴
	Remy Borda	7%	Gerente Nacional de Planificación y Gestión Logística ²⁵
	René Sánchez	64%	Gerente Nacional de Ventas y Marketing ²⁶
COBOCE	José Manuel Ramírez P.	86%	Gerente COBOCE Cemento ²⁷
	Edwin Tapia Frontanilla	71%	Gerente General ²⁸
	Fernando Quiroga Torrez	7%	Gerente Administrativo ²⁹

Fuente: Elaboración propia en base a Actas de Reunión de Directorio del IBCH

Un análisis del cuadro anterior permite evidenciar dos aspectos relevantes:

- i. **Persiste** una situación similar a la evidenciada el año 2001, respecto a las personas que fungían como Directores del IBCH durante las gestiones 2010 y 2011 que presentaban **niveles ejecutivos jerárquicos en sus respectivas empresas (relacionados con áreas de operaciones, comercial, ventas y logística)**, con la

- ¹⁷ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.
- ¹⁸ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.
- ¹⁹ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.
- ²⁰ Memoria Anual FANCESA, gestión 2011. Gerente desde 1 de abril del 2011
- ²¹ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.
- ²² Memoria Anual ITACAMBA, gestión 2010-2011.
- ²³ Memoria Anual ITACAMBA, gestión 2010-2011.
- ²⁴ Memoria Anual SOBOCE, gestión 2010.
- ²⁵ Memoria Anual SOBOCE, gestión 2010.
- ²⁶ Memoria Anual SOBOCE, gestión 2010.
- ²⁷ Memoria Anual COBOCE, Gestión 2010-2011.
- ²⁸ Memoria Anual COBOCE, Gestión 2010-2011.
- ²⁹ Memoria Anual COBOCE, Gestión 2010-2011.





evidente capacidad de ejecutar, promover y/o coadyuvar con las decisiones que eran gestadas en el IBCH destinadas al cumplimiento de un acuerdo colusorio de participaciones de mercado, asignaciones de territorios o coordinación para fijar precios en sus empresas.

- ii. **Persiste** una situación similar a la evidenciada el año 2001, respecto a que el porcentaje de participación de los ejecutivos que representaban a sus empresas como Directores del IBCH era muy elevada, denotando ello la importancia de que los niveles **jerárquicos con poder en la toma de decisiones en las empresas asociadas**, estuviesen presentes en dichas reuniones de forma continua con bajo nivel de rotación, permitiendo que una vez planteada **“una posición conjunta de la industria”³⁰**, esta fuese seguida por las empresas miembros del IBCH.

Un ejemplo de que las decisiones tomadas por las empresas asociadas al IBCH eran de conocimiento y estaban basadas en decisiones tomadas en el Directorio del IBCH en la búsqueda de una posición conjunta de la industria, viene dado por lo expresado en el Acta N° 78 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 21 de febrero del 2011, respecto a la fijación de precios de venta de producto (facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519), en la cual el Ing. Capela señala:

- “...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITACAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concretec, **a un precio mayor** a fin de recuperar los altos costos de importación”.

La propuesta realizada en Reunión de Directorio del IBCH, es posteriormente comunicada por el representante de la empresa FANCESA en dicho directorio y Gerente General de FANCESA Sr. Wilmer Astete al Directorio de su empresa, como consta en acta N° 16/2010 de fecha 3 de marzo de 2011:

- “El Gerente General a.i. continuó informando que **en la última reunión del IBCH la empresa Itacamba había realizado la propuesta de venta de cemento para las operaciones de hormigón en Santa Cruz de las empresas Concretec, Ready Mix (Soboce), utilizando para ello clinker importado desde Asia por la hidrobía Rosario (Argentina) - Puerto Quijarro. El precio propuesto para este cemento es de 73 Bs por 50 kg, puesto Santa Cruz, en la cantidad que Concretec requiera**”.

En base al ejemplo anterior, se elaboró el flujograma N° 1 (a continuación) que permite evidenciar como las decisiones que son gestadas y son de pleno conocimiento del IBCH (y del personal jerárquico de las empresas asociadas que conforma su directorio), son posteriormente canalizadas por estos a sus empresas miembros, donde el personal jerárquico, se ocupa de coadyuvar, promover y/o ejecutar las mismas.

Acta No.28 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 28 de octubre de 2001



Flujograma N° 1 Flujo de la información gestada en el IBCH con sus asociadas



Ejecutivos
**jerárquicos con
poder en la
toma de
decisiones en
las empresas
asociadas.**
Ejecutan
promueven y/o
coadyuvan con
las decisiones
que son
gestadas en el
BCH en sus
respectivas
empresas

Fuente: Elaboración propia en base a Actas de Reunión de Directorio del IBCH y Directorio de empresas cementeras

En resumen, en base a lo señalado en los puntos anteriores queda **demostrado el conocimiento por parte del IBCH de las decisiones de carácter vinculante e integrador que se tomaron en dicho instituto y que fueron replicadas por sus asociadas**, así como, la causalidad de las decisiones expresadas en actas de las empresas FANCESA y COBOCE (presentadas por la AEMP Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013) en las que se señala de manera expresa al IBCH como el agente en el que se gestaron dichas decisiones y que con ello **facilitó a sus asociadas la comisión de prácticas anticompetitivas.**

Por otra parte, quedan **desvirtuados** los argumentos presentado por el IBCH según los cuales, dicho instituto desconocía las decisiones tomadas por los Directorios de sus asociadas y la no causalidad entre las decisiones expresadas en actas de sus asociadas y el IBCH.

3.3.3. De las dudas del IBCH respecto al Acta N° 11-2000 de FANCESA

El IBCH rescata en su memorial de descargos un extracto del acta de Reunión de Directorio de la empresa FANCESA citada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, mismo que se cita a continuación:

- "Se generan indicios de un intercambio de información sensible y de carácter estratégico realizado en las reuniones del IBCH, al realizar una lectura de sus actas de reuniones en las cuales figura el intercambio de información relativa a proyectos de inversión, licitaciones, etc."

Posteriormente el IBCH señala: "Sin embargo, en el siguiente párrafo la AEMP hace referencia, no a un acta del Instituto, sino al Acta N° 11-2000 de FANCESA, en la cual se recomienda precaución con el tratamiento de los proyectos especiales y se solicita un mejor control a los distribuidores para evitar problemas que distorsionen el acuerdo. Observamos que no existe relación directa de causalidad entre el acta de FANCESA, el IBCH y el





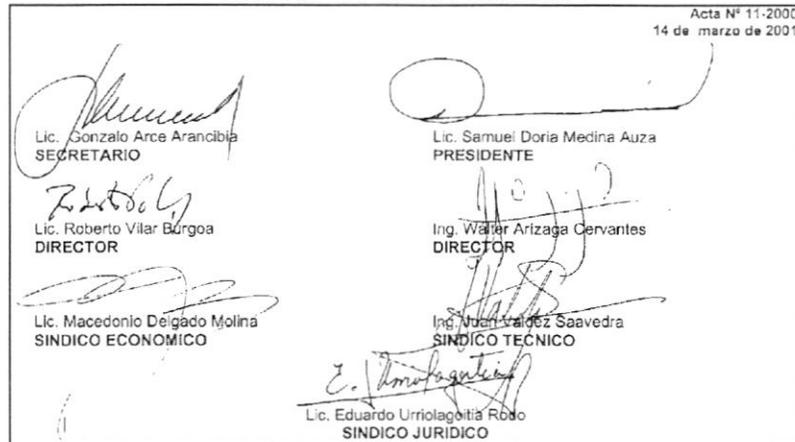
intercambio de información, y por mucho que el acta de FANCESA, no del IBCH, se refiera a un acuerdo (no se señala qué tipo de acuerdo), ésa es un acta del 2000, año en el que las conductas anticompetitivas no estaban tipificadas. Debemos añadir, además, que no existen pruebas de que ese presunto acuerdo se mantuviera vigente por diez años, como temerariamente presume la AEMP".

De los argumentos anteriores, se pueden rescatar tres elementos principales:

- i. El IBCH no observa la relación de causalidad entre el acta de FANCESA y el intercambio de información.
- ii. No se señala a qué tipo de acuerdo se hace alusión.
- iii. Según el IBCH, no existen pruebas de que el acuerdo se mantuviera vigente por diez años.

Con la finalidad de despejar las dudas del IBCH respecto al primer punto (i), a continuación se procede a complementar el análisis realizado por la AEMP, en base a extractos del Acta N° 11-2000 de la empresa FANCESA.

Gráfico N° 3
Miembros del Directorio que suscribieron
Acta N° 11-2000 FANCESA



Fuente: Actas FANCESA

Una revisión del Acta N° 11-2000 de reunión de Directorio de la empresa FANCESA, en la que miembros del Directorio de dicha empresa hacen alusión al intercambio de información realizado con las empresas cementeras en el IBCH, permite evidenciar en su parte final la presencia del Sr. Gonzalo Arce Arancibia (Ver gráfico N° 3).

Como se pudo evidenciar en el Cuadro N° 1, el Sr. Gonzalo Arce A. formaba parte del Directorio del IBCH y fue el único que asistió en representación de FANCESA durante la gestión 2001, por lo tanto al estar un miembro del directorio del IBCH en conocimiento del intercambio de información y acuerdo realizado entre empresas cementeras, se demuestra que el IBCH se encontraba de igual manera en conocimiento de dicha situación y que dio su consentimiento.



Complementando el análisis anterior, en Acta N° 07-2001 de FANCESA se señala que:

- “...Fancesa debe tomar la determinación de la subida de precios antes de fin de mes para mejorar los ingresos y seguir **los lineamientos que se toman en las reuniones del IBCH, debiendo el Gerente General** asumir la responsabilidad de este ajuste de los ingresos en la fecha que vea más conveniente a los intereses de la empresa”.

La cita anterior demuestra nuevamente que el Gerente General y Secretario del Directorio de FANCESA que ejercía como miembro del directorio del IBCH, **estaba en pleno conocimiento de los “lineamientos” e intercambio de información que eran tomados en dicho instituto**; los cuales posteriormente eran promovidos y ejecutados en la empresa asociada bajo responsabilidad del Gerente General de FANCESA, gracias al nivel jerárquico y capacidad de decisión de este.

Es evidente que de no haber estado de acuerdo el miembro del directorio del IBCH, con lo expresado tanto en Acta N° 11-2000 como en Acta N° 07-2001, este habría objetado los pronunciamientos que eran emitidos por el Directorio de FANCESA. Sin embargo, el miembro del directorio del IBCH lejos de objetar los puntos que hacen referencia al rol facilitador del IBCH en la comisión de prácticas anticompetitivas, los valida de manera tácita al firmar las mencionadas actas.

Por lo tanto, queda **demostrada** la causalidad entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.

Respecto al segundo punto (ii), según el cual el texto presentado por la AEMP no señala a qué tipo de acuerdo se hace referencia, corresponde complementar lo expuesto por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, con el texto previo presente en la misma Acta N° 11, el cual señala:

- “Lic. Doria Medina indica que el **acuerdo horizontal del sector sobre los precios, si bien tiene sus dificultades, se debe tratar de mantener en el largo plazo ya que mejora de muy buena manera los ingresos del sector que durante los últimos años estuvo deprimido.**

El Director Vilar recomienda que se tenga precaución con el tratamiento de los **Proyectos Especiales, en los cuales las cementeras tienen participación, ya que podrían distorsionar el mercado, si ese cemento sale del control o uso que tenía originalmente.** También solicita un mejor control a los distribuidores para evitar problemas que distorsionen el acuerdo”.

La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde se hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios del sector cementero** (es decir un acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva), sobre el cual un miembro del Directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento, como lo demuestra la rúbrica de este al final del Acta de FANCESA (ver gráfica N° 3).



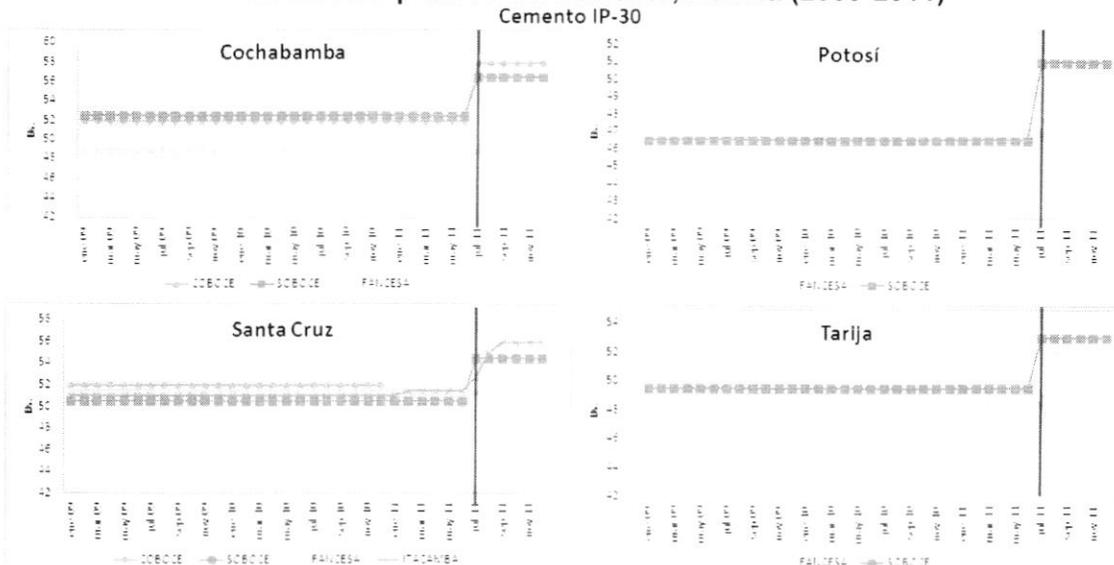


Respecto al tercer punto (iii), según el cual no existen pruebas de que el acuerdo colusorio se mantuvo vigente hasta la gestión 2011, corresponde en primera instancia referirnos nuevamente al Acta N° 07-2001 de FANCESA, presentada en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013:

- “realizar ajuste de precios para compensar volúmenes con mejores ingresos, explica que SOBOCE por ejemplo (así como alguna otra empresa cementera) subió sus precios en 3 bolivianos desde algunos días pasados en La Paz y Tarija y 0.50 Cts. en Santa Cruz, debiendo de acuerdo a los convenios de las reuniones del IBCH FANCESA también subir sus precios antes de fin de mes, está subida mejorará los ingresos para el resto de la gestión y se cumpliría con las políticas asumidas ya a principios de gestión respecto de compensar los bajos volúmenes de ventas con ingresos mejorados por los ajustes periódicos de precios”.

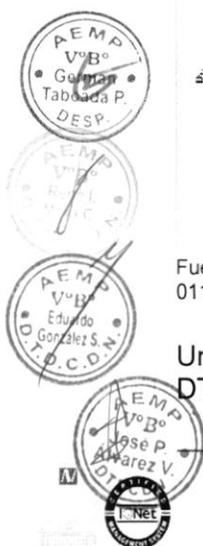
De manera expresa el acta de la empresa FANCESA señala que en el marco del acuerdo colusorio determinado en las reuniones del IBCH, la empresa FANCESA debe incrementar sus precios de venta en el plazo aproximado de un mes de que la empresa SOBOCE incrementó los suyos, ello para eliminar la competencia entre empresas rivales y con ello “compensar los bajos volúmenes de ventas con ingresos mejorados por los ajustes periódicos de precios”, es decir que los acuerdos realizados en el IBCH generan ventajas a las empresas asociadas y facilitan la comisión de prácticas anticompetitivas, además de coordinar el inicio de ejecución de estas actividades.

Gráfico N° 4 Evolución precios del cemento, Bolivia (2009-2011)



Fuente: Elaboración Propia en base a datos cementeras, presente en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012

Un resumen de los gráficos presentados en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, correspondientes a la evolución de precios del cemento en los





departamentos de Cochabamba, Santa Cruz, Potosí y Tarija durante el periodo 2009 a 2011 (ver gráfico N° 4), permite evidenciar de manera irrefutable que la empresa FANCESA **incrementó sus precios de venta en los mencionados departamentos, un mes después de que SOBOCE incrementara los precios de venta de sus productos**, coincidente con "los convenios de las reuniones del IBCH", citados en Acta N° 07-2001 de FANCESA. Este incremento de precios realizado por la empresa FANCESA, aproximadamente un mes después del incremento realizado por SOBOCE, **demuestra** que el acuerdo colusorio iniciado el 2001 en el IBCH por el sector cementero, **se mantuvo vigente hasta la gestión 2011 con similares características a las estipuladas el 2001.**

Otro elemento que permite evidenciar el intercambio de información que facilitó a las empresas cementeras asociadas al IBCH, la comisión de prácticas anticompetitivas, es el Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH (citada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCCDN/N° 041/2013), en la cual se hace referencia a la fijación de precios de venta de producto:

- "...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITACAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concretec, **a un precio mayor** a fin de recuperar los altos costos de importación".

La mencionada acta es prueba fehaciente de un intercambio de información entre competidores para la fijación de precios de venta de productos, información que es considerada de carácter privado a nivel empresarial y, por consiguiente, sensible entre competidores. Por lo tanto, **el acta N° 78 demuestra que en las Reuniones de Directorio del IBCH persistió el intercambio de información sensible entre competidores hasta la gestión 2011.**

Por lo tanto, **queda demostrada la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH, en base a pruebas fehacientes como lo son el análisis técnico de incremento de precios que corrobora el cumplimiento del acuerdo realizado en el IBCH aun durante el año 2011, así como, el acta N° 78 del IBCH que evidencia el intercambio de información sensible entre competidores.

Por otra parte, **queda desvirtuado** el argumento planteado por el IBCH según el cual, no existen pruebas de que el acuerdo colusorio se mantuvo vigente hasta la gestión 2011.

3.4. De la supuesta contradicción de la AEMP

De acuerdo al análisis realizado por el IBCH en su memorial de descargos la AEMP habría incurrido en una contradicción, toda vez que: "La AEMP indica en el punto 5.2.1. de la R.A. N° 041/2013 "que el intercambio de información sensible genera exclusión en el mismo mercado para los competidores no participantes, éstos se encuentran en una situación de desventaja competitiva". Al respecto, la AEMP ingresa en una contradicción pues afirma que los miembros del IBCH intercambian información, siendo todos los miembros del IBCH actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia, y al no estar excluidos ninguno de ellos y ninguna otra persona natural o jurídica del acceso a esta información,





pues como se explicó anteriormente la información es de naturaleza pública y abierta, ningún actor o tercero se encuentra en situación de desventaja competitiva”.

El argumento anterior planteado por el IBCH, se basa en los supuestos que:

- i. Todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto.
- ii. Al ser la información de naturaleza pública y abierta, ningún actor o tercero se encuentra en situación de desventaja competitiva.

3.4.1. Respecto a que todos los actores tienen acceso a la información que se intercambia en el IBCH

Es preciso resaltar el análisis parcial realizado por IBCH en lo referente a que todos los actores tienen acceso a la información que se intercambia en dicho instituto, toda vez que el análisis se centra únicamente en el acceso a la información que tienen las empresas que se encuentran operando en el mercado (incumbentes), sin embargo omite un aspecto esencial en materia de Defensa de la Competencia, como lo es el acceso a la información que no tienen los **competidores potenciales**, es decir las posibles empresas entrantes al mercado.

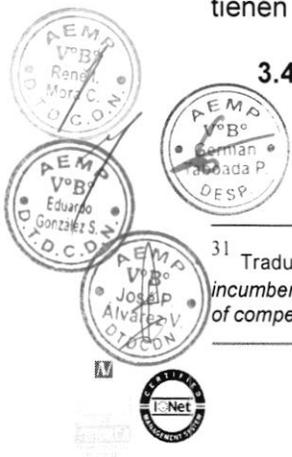
La importancia de los entrantes potenciales en Materia de Defensa de la competencia, se debe al rol de estos agentes económicos para disciplinar a los incumbentes en caso que éstos pretendan incrementar los precios de manera indiscriminada.

De acuerdo a Massimo Motta (2003), *“debido a que es muy poco probable que una empresa entrante pueda competir en igualdad de condiciones con un incumbente establecido, un agente regulador usualmente supervisa la industria para tratar de asegurar que existe una suave transición hacia un funcionamiento regular de la competencia en el mercado”*³¹, es en ese sentido que la AEMP precautelando el regular funcionamiento de la competencia en el mercado del cemento, evidencia la desventaja competitiva en la que se encontrarían los competidores potenciales frente las empresas incumbentes que se encuentran intercambiando información sensible en el IBCH.

Por lo tanto, el argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser parcial e incorrecto**, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.

3.4.2. Respecto a que la información intercambiada en el IBCH es de naturaleza pública

³¹ Traducción del texto original: *Since it would be unlikely that entrants could compete on an equal footing with an established incumbent, a regulatory body usually supervises the industry to try and ensure a smooth transition towards a regular functioning of competition in the market.* Competition Policy: Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (pag. 15)



El IBCH hace referencia a la información que es publicada en su página web, como si esta fuera la única información que es intercambiada en el IBCH, sin embargo omite otro tipo de información que es intercambiada por las empresas asociadas en el seno del IBCH que no es publicada en las estadísticas de su página web.

Por ejemplo información de los proyectos carreteros a los que hace seguimiento el IBCH que son distribuidos entre las empresas asociadas, Precios, proyectos de Inversión, estudios de mercado³².

Prueba de que los proyectos carreteros son utilizados como herramienta de compensación vía reuniones en el IBCH, se evidencia en Acta de FANCESA N° 03 de fecha 3 de agosto del 2001, en la cual se señala:

- *“Se comenta igualmente por parte del Lic. Vilar que **Soboce debe compensar a Fancesa, intermedio el Proyecto Comarapa, el cemento que dejaría de vender en el Proyecto Oruro Toledo una vez que este sea adjudicado al consorcio que formó Soboce.***

Lic. Doria Medina indica que Soboce en los acuerdos intermedio IBCH ya comprometió compensar a Fancesa 35.000 bolsas por diferencias en el mercado de Santa Cruz, dejando para más adelante y cuando ya el Proyecto Oruro Toledo sea adjudicado, el compensar la participación de Fancesa en dicho proyecto”. (las negrillas son nuestras)

Esta situación que permite ajustar las desviaciones a la **distribución de participaciones de mercado**, es posible gracias al monitoreo que realiza el IBCH a los distintos proyectos carreteros, como se evidencia en Acta N° 31 de Reunión de Directorio del IBCH de 4 de julio de 2002, en la cual un Director del IBCH *“...dio una breve explicación acerca de 19 proyectos que están siendo **Monitoreados** por el IBCH”.* (las negrillas son nuestras)

Este tipo de información es intercambiada en el Seno del IBCH y es de conocimiento **exclusivo de las empresas asociadas**, generando el IBCH con ello una ventaja en favor de terceros y facilitando la comisión de prácticas anticompetitivas.

Consiguientemente, queda demostrado que no toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto, no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH quienes se encuentran en desventaja competitiva frente a los miembros del acuerdo.

En base al análisis de los dos puntos anteriores, **se desvirtúa** el argumento planteado por el IBCH según el cual, la AEMP habría incurrido en una contradicción al señalar: *“que el intercambio de información sensible genera exclusión en el mismo mercado para los competidores no participantes, éstos se encuentran en una situación de desventaja competitiva”.*

³² ACTA No. 25 de fecha 10 de abril del 2001, ACTA No. 26 de fecha 15 de mayo del 2001, ACTA No. 35 de fecha 1 de julio del 2003, ACTA No. 70 de fecha 5 de febrero del 2010, ACTA No. 75 de fecha 12 de noviembre de 2010, ACTA No. 77 de fecha 14 de enero del 2011, ACTA No. 78 de fecha 21 de febrero del 2011, ACTA No. 80 de fecha 21 de abril del 2011.



3.5. Respecto al tipo de información que es intercambiada en el IBCH

El IBCH rescata de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 un extracto en el cual se detalla que es lo que se entiende por información comercial, posteriormente realiza una comparación con la información que es publicada en su página web, para concluir señalando que: "...la AEMP también menciona otros tipos de información que no son de conocimiento, ni centraliza, ni divulga el IBCH como ser: "costos de producción, costos de distribución, detalle sobre compras, política de descuentos y comisiones, contratos con proveedores, contratos con distribuidores, clientes u otros agentes, información sobre clientes, políticas y estrategias comerciales, estudios de mercados y proyectos de inversión", por tanto, queda demostrado que la AEMP realiza suposiciones sin Otener un claro conocimiento de que la estrategia competitiva está determinada por más de una variable, y no sólo en dos variables como son capacidades y ventas".

Al respecto, de ninguna manera puede considerarse como una condición necesaria para demostrar que el IBCH intercambia información sensible (como lo pretende hacer ver el IBCH), el que se presente la totalidad de los tipos de información comercial citada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, es decir, que el análisis realizado por la AEMP respecto a las capacidades y ventas es suficientemente válido, ya que el listado presentado por la AEMP permite identificar los tipos de información que son consideradas de carácter sensible desde el punto de vista comercial.

En otras palabras, el argumento del IBCH según el cual la AEMP fundamenta su análisis de intercambio de información sensible únicamente en dos variables, resulta nuevamente parcial e incorrecto. Sin embargo, con la finalidad realizar mayor abundamiento el análisis realizado por la AEMP, resulta pertinente analizar la información sensible que es intercambiada en las Reuniones de Directorio realizadas en el seno del IBCH, de conocimiento únicamente de las empresas asociadas y que no es divulgada para terceros ajenos al instituto.

3.5.1. Intercambio de información sensible en Reuniones de Directorio del IBCH

A continuación se procede citar Actas de Reunión de Directorio del IBCH en las cuales se hace referencia a: Descuentos, clientes, estudios de mercado y proyectos de inversión, información que pese a ser considerada sensible es intercambiada entre las empresas asociadas al IBCH y que no es publicada ni llega a ser de conocimiento de terceros, poniéndolos en una evidente desventaja competitiva a estos últimos.

ACTA No. 25 de fecha 10 de abril del 2001

Descuentos:

"El Lic. Arce destacó la importancia del proyecto para Sucre y el compromiso de FANCESA de ofrecer un precio promocional para el tramo en cuestión que cuenta con el decidido apoyo de la Prefectura".





ACTA No. 26 de fecha 15 de mayo del 2001

Precios:

“El Lic. Núñez indicó que no tenía observaciones al presupuesto pero que estaría de acuerdo si el IBCH realizaba además una investigación estadística de precios y despachos de los últimos 5 años”.

ACTA No. 35 de fecha 1 de julio del 2003

Descuentos:

“El Lic. Gumucio expresó que sería fundamental proponer una alianza estratégica, estudiar precios preferenciales siempre y cuando exista, de parte del Gobierno, una política coherente de construcción de carreteras durables y con materia prima nacional”.

ACTA No. 70 de fecha 5 de febrero del 2010

Proyectos de inversión:

“El Lic. Dos Santos señaló que sería importante que las empresas den a conocer sus planes de ampliación...”.

Clientes:

“Seguidamente, el Ing. Alfaro explicó una serie de acciones para lograr que la ABC licite el tramo La Paz - Oruro con pavimento rígido...”.

ACTA No. 75 de fecha 12 de noviembre de 2010

Estudios de mercado:

“El Lic. Gumucio indicó que se anunciaba el Presupuesto de Inversión Pública con un monto de 2,400 millones de dólares y encargó al IBCH realizar un análisis de las probables inversiones gubernamentales en construcción de grandes obras...”.

ACTA No. 77 de fecha 14 de enero del 2011

Proyectos de inversión:

“Los directores encargaron al IBCH preparar un cuadro con la capacidad actual y ampliaciones futuras programadas por la Industria...”.



ACTA No. 78 de fecha 21 de febrero del 2011

Proyectos de inversión:

"En primera instancia, cada empresa informó sobre el estado real de los proyectos de ampliación a fin de poder introducir estos valores en el modelo preparado por el IBCH para tal efecto".

Precios:

*"...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITACAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concrettec, **a un precio mayor** a fin de recuperar los altos costos de importación".*

ACTA No. 80 de fecha 21 de abril del 2011

Proyectos de inversión

"En este sentido, el Ing. Ramírez señaló que esperan terminar en Junio 2012 su ampliación, pero que les preocupa también la necesidad de gas ya que probablemente tengan que hacer una acometida desde un nuevo punto denominado "wayñacota". El Ing. Del Carpio indicó que en FANCESA esperan habilitar el horno Kawasaki para el próximo año. Por su parte, el Lic. Sánchez indicó que se trabaja en una optimización de la planta de Viacha, que se han cambiado más de 5km de tubería en el gasoducto y esperan incrementar la presión pero que hasta el momento no han logrado trabajar con capacidad plena".

Estudios de mercado:

"Volviendo a la necesidad de contar con un estudio del sector, el Ing. Capela sugirió contratar una empresa como Price..."

3.5.2. Intercambio de información relativa a clientes

Como se determinó en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, según Acta N° 07-2001 de FANCESA, en la que estuvo presente un Director del IBCH:

- *"El Presidente de Directorio así como el Directorio recomiendan que **de una vez se debe implementar en el IBCH la central informativa de riesgos sobre los clientes y casos conflictivos de deudas y mora que tienen las empresas cementeras...**"*

El párrafo hace referencia a que se busca que en el IBCH inclusive se llegue a intercambiar información sensible correspondiente a los clientes y acreencias de cada una de las empresas asociadas.

Por lo tanto, en base los extractos de las distintas actas tanto del IBCH como de la empresa FANCESA (en la que estuvo presente un Director de dicho instituto), se puede evidenciar un intercambio de **información comercial sensible**, por parte de las empresas asociadas al IBCH, información que no es publicada en su página web, que tampoco es de conocimiento



de terceros ajenos al IBCH y que genera un ventaja competitiva a favor de las empresas miembros de dicho instituto, relativa a:

- Precios
- Descuentos
- Proyectos de inversión
- Clientes
- Estudios de mercado

Finalmente, prueba de que la información intercambiada en el IBCH a la que únicamente tienen acceso sus asociadas, es considerada por dicho instituto como de carácter sensible (confidencial) que debe ser mantenida alejada de terceros, se hace evidente cuando dicho instituto mediante nota CITE: GG/047/2013 de fecha 11 de marzo de 2013, solicita "...disponer mediante resolución expresa la reserva de todo este procedimiento" respecto a las Actas de Reunión de Directorio solicitadas por la AEMP, reserva que es reiterada posteriormente mediante por el IBCH mediante nota CITE: GG/063/2013.

Por lo tanto, queda demostrado que el IBCH además de la información publicada es su página web que fue analizada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, también intercambia otros tipo de información comercial sensible que no es de conocimiento de terceros ajenos a dicho instituto.

3.6. De los fines lícitos e ilícitos de la información estadística en materia de Defensa de la Competencia

El IBCH da a entender que toda vez que en sus Estatutos se señala como un objetivo principal el "*recolectar información estadística sobre la industria del cemento y sus derivados*", posteriormente procede a equipararse con el Instituto Nacional de Estadística, para concluir su análisis de indicando que "*Si esto no fuera lícito, seguramente la siguiente entidad a la que la AEMP acusaría de prácticas anticompetitivas podría ser el Instituto Nacional de Estadísticas (INE)*".

Al respecto, referirnos nuevamente a lo señalado por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, sobre el hecho de que "*...organismos públicos deben presentar información en los términos más amplios posibles, es decir de forma **agrupada (agregada)**, no de forma detallada (desagregada)*", ello debido al carácter sensible de la información, por lo tanto, tratar de equipar la información desagregada e individualizada publicada por el IBCH con la información agregada que es publicada por el INE, resulta impertinente.

En su elaboración de descargos el IBCH copia de la página web del estudio jurídico español *Le Quid The J. Dutilh Business Law Firm* <http://lequid.es/blog/2013/03/asociaciones-empresariales-intercambio-de-informacion-limites-por-las-normas-de-proteccion-de-la-competencia/>, jurisprudencia de la Comunidad Europea con la que pretende dar a la información estadística un carácter lícito *per se*:

- a) "*La Comisión Europea señaló, en su Comunicación de 1968 relativa a la Cooperación entre empresas lo siguiente: Los acuerdos cuyo único objetivo sea conseguir en*



común aquellas informaciones que las empresas precisan para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado, o recurrir individualmente a un organismo consultivo común, no tienen por objeto o efecto restringir la competencia."

- b) En el expediente Fecavem, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) señalaba que "las normas de defensa de la competencia no contradicen o impiden la aplicación y desarrollo de la ciencia estadística. La elaboración de estadísticas, siempre por supuesto que se realice de conformidad con los principios y reglas de esta disciplina científica, es una conducta lícita que no precisa autorización alguna porque no es un acuerdo sobre precios".

Por su parte, Caries Esteva Mosso, Director de Política de la Competencia (DG de Competencia - Comisión Europea), afirma en El Análisis de los intercambios de información que: "los intercambios de información entre competidores presentes en gran número de mercados a menudo son pro-competitivos y aumentan la eficiencia en el mercado", y señala como objetivo importante "no desalentar los intercambios de información procompetitivos" Por tanto, el intercambio de información por sí solo no implica, necesariamente, un efecto restrictivo de la competencia y no puede considerarse ilícito".

Es preciso hacer énfasis en el hecho de que la legislación extranjera citada por el IBCH de ninguna manera otorga un carácter de licitud per se al intercambio de información entre agentes competidores, sino que este intercambio de información está sujeto a una valoración por parte de las autoridades de Defensa de la Competencia de los distintos elementos que permiten identificar si esta información facilita posibles coordinaciones entre empresas rivales que restrinjan la competencia.

Una lectura completa del artículo expuesto por el estudio de abogados del cual el IBCH copia estos argumentos, pero al cual no cita como fuente, permite evidenciar que el análisis resulta estar incompleto y sesgado. Por lo tanto, con la finalidad de completar el análisis realizado por el IBCH, corresponde analizar en su totalidad dicho artículo y determinar los límites que de acuerdo a la Comunidad Europea, se debe tener al momento de intercambiar información estadística.

3.6.1. Límites en el intercambio de información

Según la normativa europea rescatada por el IBCH, existen "elementos claves" que permiten distinguir si un intercambio de información es permitida o si debe ser perseguida por las autoridades de Defensa de la Competencia, estos elementos que fueron intencionalmente omitidos por el IBCH son:

- a) Estructura del mercado:
Según la Comisión Europea, a mayor grado de concentración, mayor riesgo de que el intercambio de información facilite la coordinación de comportamientos entre competidores y, a sensu contrario, a menor grado de concentración, menor riesgo de incurrir en prácticas anticompetitivas.
- b) Características de la información que se recopila y difunde:





Se considera especialmente **delicado el intercambio de información sobre precios de venta, descuentos, costes de producción o estrategias comerciales entre otros (secretos de negocio)**, no así la información sobre otros aspectos.

- Los datos que se presentan de forma individualizada serían mucho más “**peligrosos**” que aquellos que se presentan de forma global o agregada.
- Es preferible que la información sea de tipo histórico a que se refiera a previsiones de futuro.
- Los intercambios periódicos mensuales o trimestrales podrían entrañar mayor riesgo que aquellos que se emiten de forma puntual o sobre una base anual.
- Para las autoridades de competencia resulta menos “**sospechoso**” que la recopilación de la información la realice un **tercero independiente**.
- Que los datos que se den a conocer se hagan públicos, reduce el riesgo de identificación de conductas anticompetitivas, según cada caso”.

3.6.1.1. Estructura de mercado

Según estudios realizados por la AEMP incorporados en el análisis de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, el mercado de producción y comercialización de cemento en Bolivia se encuentra **altamente concentrado** (Índice Herfindhal-Hirschman 3590), por lo tanto, **presenta un mayor riesgo de que el intercambio de información facilite la coordinación de comportamientos entre competidores**.

3.6.1.2. Características de la información que recopila y difunde el IBCH

Las empresas asociadas al IBCH intercambian información sobre precios, descuentos, proyectos de inversión, estudios de mercado y clientes entre otros (ver punto 3.5.2.), elemento que es especialmente delicado de acuerdo a la legislación rescataada por el IBCH.

3.6.1.2.1. Centralización y publicación de datos desagregados

*“Los datos que se presentan de forma individualizada serían mucho más “**peligrosos**” que aquellos que se presentan de forma global o agregada”.*

Los datos que son presentados y publicados por el IBCH son presentados en forma **individualizada y desagregada**, es decir, que según la legislación citada por el propio IBCH como descargo, la información publicada por dicho instituto es **mucho más peligrosa para facilitar la coordinación entre competidores**.

Como lo determinó la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013: *“En el caso del IBCH, se generan indicios de que las empresas miembros realizan un seguimiento de las cuotas de mercado acordadas mediante un acuerdo colusorio, toda vez que en el IBCH se encuentra disponible información relativa a volúmenes de ventas anuales por departamento, de manera libre, irrestricta y **desagregada**.”*

La información de volúmenes de ventas anuales por departamento presente en el IBCH, es fácilmente convertible a participaciones de mercado por departamento, permitiendo evidenciar posibles variaciones en las posibles cuotas de mercado asignadas de todas las





empresas miembros de un cartel y de esta manera realizar "ajustes" de manera que aquellas empresas que vendieron por encima de sus cuotas de ventas establecidas durante un año, reduzcan sus ventas el año venidero".

La necesidad de las empresas asociadas al IBCH de tener acceso a información **desagregada** que **facilita la coordinación entre competidores**, se hace más evidente cuando en Acta N° 32 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 19 de agosto de 2003, "El Ing. Alfaro propuso considerar algún mecanismo para **desagregar los datos de ventas de cemento, considerando rubros como vivienda, infraestructura, pavimentos y otros (...)** El Lic. Dos Santos puntualizó que en Brasil se controlaba 5 rubros y que averiguaría la forma en que se realizaba esta estadística".

Por lo tanto, se evidencia que el IBCH centraliza y publica información **peligrosa que facilita la coordinación entre competidores**.

3.6.1.2.2. Información sobre inversiones futuras

"Es preferible que la información sea de tipo histórico a que se refiera a previsiones de futuro".

Toda vez que el IBCH realiza el intercambio de información de capacidades futuras de producción y proyectos de inversión (ver punto 3.5.1.), se evidencia que dicho instituto intercambia información que es considerada peligrosa pues esta facilita la coordinación entre competidores.

3.6.1.2.3. Frecuencia en el intercambio de información del IBCH

"Los intercambios periódicos mensuales o trimestrales podrían entrañar mayor riesgo que aquellos que se emiten de forma puntual o sobre una base anual".

Una mayor frecuencia en la remisión de la información estadística individualizada por parte de las empresas cementeras asociadas al IBCH, es un elemento que debe ser valorado como una herramienta que facilita la coordinación entre empresas competidoras, puesto que esta permite realizar ajustes a posibles desviaciones que se evidencien en los acuerdos de participaciones de mercado.

Una prueba de que las empresas asociadas al IBCH otorgan una importancia desmesurada, propia de un cartel que realiza el monitoreo y control de un acuerdo de distribución de participaciones de mercado, se evidencia en el Acta de reunión de Directorio del IBCH N° 22 de fecha 5 de junio de 2000, cuando los **Directores del IBCH en consenso** señalan que esta información debe ser procesada de forma mensual y remitida máximo hasta el 15 de cada mes:

*"El Lic. Dos Santos se refirió a una solicitud de COBOCE para que el procesamiento de datos estadísticos sea trimestral, aspecto que fue discutido por los Directores, definiendo por consenso que **las estadísticas continúen procesándose en forma mensual y que las fábricas entreguen la información hasta el 15 de cada mes a mas tardar**" (las negrillas son nuestras).*



Una prueba más de la búsqueda por disponer de información en **el menor tiempo y con la mayor veracidad y actualidad posible**, viene descrita en Acta de Reunión de Directorio del IBCH N° 84 de fecha 2 de abril del 2012, cuando se señala que: *“El Directorio revisó y comentó la información estadística generada por el Instituto. Especial atención mereció la elevada cifra de importaciones de cemento Yura que se ha podido obtener del INE y del IBCE. Se añadió una casilla para “otros importadores” a fin de reflejar de manera correcta esta situación, a pesar de que estos **datos no son ágiles y por tanto se reflejarán con un mes de desfase**”* (las negrillas son nuestras).

El hecho de que el IBCH busque intercambiar y procesar información, en el menor tiempo posible (mensual) y con la mayor precisión posible, representa **mayor riesgo** en materia de Defensa de la Competencia, puesto que **facilita la coordinación entre competidores**, al otorgar cada mes a las empresas asociadas en el IBCH información sensible y desagregada de todos sus competidores que **facilita ajustar desviaciones en las participaciones de mercado de un cartel y de esta manera mantener las cuotas de participación estables** (ver gráfico N° 1).

Situación distinta a la información publicada por el Instituto Nacional de Estadística, o aquella que es publicada por la Comunidad Andina en sus respectivas páginas web³³, la cual es **agregada y anual**.

3.6.1.2.4. Recopilación de información por entidades independientes

“Para las autoridades de competencia resulta menos “sospechoso” que la recopilación de la información la realice un tercero independiente”.

Resulta riesgoso el hecho de que información individualizada y desagregada, remitida de manera mensual al IBCH por sus empresas asociadas, esté a disposición y sea analizada por un Directorio que se encuentra en un evidente conflicto de intereses pues se encuentra conformado por **altos ejecutivos de las mismas empresas competidoras** (Primordialmente Gerentes Generales) y no por personal técnico.

Situación distinta a la que se presenta con el Instituto Nacional de Estadística o con la Comunidad Andina (CAN), que presentan datos agregados de la industria del cemento analizados por terceros independientes.

3.6.1.2.5. Publicación de información por parte del IBCH

*“Que los datos que se den a conocer se hagan públicos, reduce el riesgo de identificación de conductas anticompetitivas, **según cada caso**”.*

El hecho de que se hagan públicos los datos desagregados que son centralizados en el IBCH, no otorga un carácter lícito a los mismos. Ello debido a que en algunos casos miembros de un cartel han procedido a hacer pública información sensible, por medio de

(INE) <http://www.ine.gob.bo/indice/general.aspx?codigo=40107>

(CAN) <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/indimen.htm>



revistas especializadas o mediante la prensa, con la finalidad de anotar a la competencia de alguna decisión a ser tomada por la empresa, que debía ser considerada por los miembros del cartel.

Un ejemplo de que no en todos los casos la publicación de la información reduce el riesgo de conductas anticompetitivas, es detallada por Dumez & Jeunemaitre (2000) sobre el cartel del cemento de Arizona, Estados Unidos que se inició el año 1976 y persistió a lo largo de un periodo de 10 años, los citados autores señalan que: *"El canal principal usado para el intercambio de información es a través de revistas de la industria. En la industria del cemento de Estados Unidos, los dos principales diarios son Rock Products y Pit an Quarry. Estos revelaban información sobre programas de inversión que se encontraban en progreso, procesos tecnológicos disponibles y por lo general, la situación económica del mercado"*.³⁴

De acuerdo a los mismos autores, reconocidos consultores que previamente trabajaron en empresas cementeras eran quienes primordialmente participaban en estos análisis, posteriormente *"las recomendaciones, diagnósticos y análisis de estos consultores eran examinados por las empresas cementeras, e impactaban en su toma de decisiones. Esto contribuía a la armonización de opiniones al interior de la industria"*.³⁵

Por lo tanto, el hecho de que el IBCH haga pública la información desagregada de sus asociadas, no es sinónimo de que no se realicen prácticas anticompetitivas y por el contrario se demuestra que según la legislación europea rescatada por el IBCH, la información intercambiada por empresas miembros del IBCH es aquella utilizada por miembros de un cartel para realizar un monitoreo a las participaciones de mercado y con ello realizar ajustes a la brevedad posible.

3.7. Datos estadísticos de la industria del cemento que son publicados en entidades distintas al IBCH

El IBCH da a entender que los datos estadísticos que son publicados en su página web estarían siendo publicados por otras entidades, entre las que cita al INE, a la CAN y concluye indicando que: *"Con todo esto demostramos que la AEMP se equivoca al pretender indicar que la publicación estadística de información del IBCH sea por sí misma una práctica anticompetitiva"*.

En lo que respecta a la información que publicaría el INE, el IBCH señala que esta información se encontraría *"desagregada"* por producción, ventas y consumo, afirmación alejada de la realidad, puesto que de una simple revisión a la información publicada en el INE, permite evidenciar que se publica volúmenes de producción, ventas y consumo anuales, **de la Industria Manufacturera**, entre las cuales también está **la industria del cemento** (ver gráfico N° 5), es decir que la información se encuentra agregada y de

³⁴ Traducción del texto original: *"The main channel used for information exchange is through industry magazines. In the US cement industry, the two main journals are Rock Products and Pit and Quarry. They disclose information on investment programmes that are in progress, available technological processes, and more generally, the economic situation of the market"*. Understanding and Regulating the Market at a Time of Globalization, Dumez & Jeunemaitre, 2000 (pag.41)

³⁵ Traducción del texto original: *"The advice, diagnostics, and analysis of these consultants is examined by cement companies, and impacts on their decision making. This contributes to the harmonization of opinions within the industry"*. Understanding and Regulating the Market at a Time of Globalization, Dumez & Jeunemaitre, 2000 (pag.41)

ninguna manera se llega a desagregar los datos de producción y ventas de cemento en forma individual y por departamento, como lo realiza el IBCH.

Gráfico N° 5 Información estadística agregada publicada en el INE

INDUSTRIA MANUFACTURERA

Cobertura Geográfica: BOLIVIA

Temática: VOLUMEN DE PRODUCCION

Desagregación: POR PERÍODO, SEGÚN PRINCIPALES PRODUCTOS

Periodicidad: ANUAL

Periodo: 1990 a 2001

Cuadro: 4010704

Continuar

BOLIVIA: VOLUMEN DE PRODUCCIÓN DE LA INDUSTRIA MANUFACTURERA POR AÑO SEGÚN PRINCIPALES PRODUCTOS								
DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Mantequilla	Kilogramo	341 563,00	490 172,00	474 480,00	575 950,00	618 958,00	603 700,00	591 700,00
Leche Pasteurizada	Litro	27 895 545,90	30 283 578,62	33 756 426,89	35 502 113,00	37 496 848,00	35 004 290,00	39 700 000,00

Fuente: <http://www.ine.gov.bo/indice/general.aspx?codigo=40107>

De igual manera, una revisión de la información estadística elaborada por la CAN en base a información proporcionada por el IBCH, permite evidenciar que dicha información es presentada de manera agregada como un total anual de la industria cementera (ver cuadro N° 3), de ninguna manera se llega a desagregar los datos de producción y ventas de cemento en forma individual y por departamento, como lo realiza el IBCH.

Cuadro N° 3 Información estadística agregada publicada por la CAN

PRODUCCION DE CEMENTO

Año	Miles de toneladas						Tasas de Variación Mensual					Tasas de Variación Anual				
	Mes	CAN	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	CAN	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	CAN	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
2010		25524	2414	9489	5286	8298						6,3	5,4	2,5	-0,3	15,8
2011		27640	2658	10777	5706	8499						8,3	10,1	13,6	7,9	2,4
2012		29485	2714	10959	6026	9786						6,7	2,1	1,7	5,6	15,1
	Feb	2165	196	864	395	710	-5,3	-13,3	-0,5	-12,8	-3,8	7,2	3,7	14,6	-4,8	7,3
	Mar	2499	217	998	497	787	15,4	10,7	15,5	25,8	10,8	6,3	9,6	-0,8	9,5	13,6
	Abr	2211	207	850	434	720	-11,5	-4,8	-14,8	-12,7	-8,5	8,4	1,0	-0,1	5,1	18,2
	May	2392	234	919	487	752	8,2	13,0	8,1	12,2	4,4	5,3	12,0	-1,5	6,8	11,7
	Jun	2376	212	901	492	771	-0,7	-9,4	-2,0	1,0	2,5	8,8	4,4	4,4	3,4	20,1
	Jul	2509	225	908	522	854	5,6	6,1	0,6	6,1	10,8	7,2	-1,7	-2,2	4,6	24,7
	Ago	2598	197	940	557	904	3,5	-12,4	3,5	6,7	5,9	8,6	-13,2	0,2	4,7	22,0
	Sep	2578	280	891	520	887	-0,6	42,1	-5,2	-6,6	-1,9	5,7	15,2	-4,9	4,2	16,9
	Oct	2701	247	941	588	927	4,8	-11,8	5,6	12,7	4,5	7,5	-1,2	-0,8	12,9	18,8
	Nov	2595	234	931	582	898	-3,9	-5,3	-1,1	-4,1	-6,4	8,9	-2,9	3,8	11,3	10,7
	Dic	2578	239	948	521	888	-0,7	2,1	1,8	-7,3	0,0	2,4	-2,8	-1,3	3,6	7,7
2013	Ene	2475	254	804	537	880	-3,9	8,2	-15,2	3,1	1,4	8,3	12,3	-7,4	18,6	19,2
	Feb	2288	213	824	448	804	-7,5	-16,2	2,5	-16,6	-8,6	5,7	8,5	-4,7	13,4	13,3
	Mar	2485	229	930	500	826	8,6	7,8	12,9	11,6	2,7	-0,6	5,5	-6,8	0,6	5,0

Fuente: <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/indimen.htm>





Finalmente, respecto al argumento del IBCH según el cual la AEMP indica "... que la publicación estadística sea por sí misma una práctica competitiva", corresponde reiterar el análisis expuesto en el punto 3.6.1. del presente documento en el que se hace referencia a los límites en el intercambio de información entre empresas competidoras, así como el realizado en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 sobre el Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001, en la cual estuvo presente un miembro del Directorio del IBCH y no presentó objeción alguna:

"Respecto al tema de ventas, el Lic. Doria Medina indica que en la última reunión del IBCH se habría, analizado la posibilidad de que se tengan solamente dos empresas proveedoras de cemento por ciudad, excepto el caso de Santa Cruz donde operarían 3 cementeras, esta situación permitiría que cada empresa pueda de mejor manera controlar su área de ventas y coordinar únicamente con la otra empresa respecto de los controles de ventas".

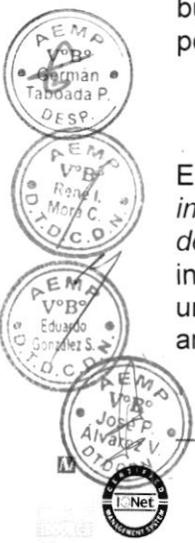
El acta anterior permite demostrar el monitoreo y control realizado por las empresas asociadas al IBCH respecto a los volúmenes de ventas de los distintos departamentos del país. Evidentemente, monitoreo, control y el ajuste de los desvíos en las ventas, **es posible únicamente** si se dispone de información estadística con un nivel de desagregación que detalle volúmenes de, producción, ventas, capacidad instalada, capacidad ociosa, etc., precisamente el tipo de información desagregada que es centralizada y publicada por el IBCH, lo cual corrobora el nivel de participación y facilitación que tuvo el IBCH en la consecución de las prácticas anticompetitivas de la empresas miembros del cartel del cemento.

Por lo tanto, queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se demuestra en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**

Por otra parte, se demuestra que los ejemplos presentados por el IBCH, mediante los cuales buscaba equiparar la información publicada por otras instituciones con aquellas publicadas por el IBCH, resultan ser **claramente erróneos y por tanto impertinentes.**

3.8. Respecto a la Incertidumbre y el secreto comercial entre competidores

El argumento del IBCH según el cual "...queda claro que no existe "ausencia de incertidumbre", mas al contrario, existió "incertidumbre en el mercado" en relación a la demanda...", **confunde** entre la incertidumbre propia del mercado (demanda) y la incertidumbre estratégica, resultado de decisiones estratégicas tomadas por las empresas en un mercado competitivo (ej. Desarrollo de nuevos productos, descuentos, precios, ampliación de capacidades, etc.).





De acuerdo a McGee (2005), "la incertidumbre estratégica se ocupa de escoger el modelo económico correcto y de escoger la correcta estrategia lógica³⁶", la incertidumbre entre empresas rivales resulta ser entonces un elemento esencial en la interacción de estas en el mercado (*teoría de juegos*³⁷), que permite a las empresas obtener una ventaja competitiva.

Según el mismo autor, "las empresas se comportan de manera estratégica cuando realizan actividades que buscan cambiar las expectativas de sus rivales. Una empresa puede reducir sus precios o significativamente incrementar sus costos de publicidad cuando se ve amenazada por la entrada³⁸ en un intento de prevenir la entrada. Si estas son estrategias creíbles, pueden disuadir la entrada. Adicionalmente, la empresa puede establecer una reputación de comportamiento agresivo para enviar una señal a otros potenciales entrantes"³⁹.

Por lo tanto, el desconocimiento (incertidumbre) de las distintas empresas de las estrategias comerciales de sus rivales y de la credibilidad de estas en el mercado, afectan directamente en el comportamiento de las demás empresas y en las decisiones que estas asuman. Las empresas miembros del IBCH dan a conocer información sobre **precios, descuentos, proyectos de inversión, clientes, estudios de mercado**, información que permite reducir la incertidumbre sobre las decisiones estratégicas de las asociadas en el mercado, desviando el comportamiento estratégico que existiría en competencia, a uno que facilita la colusión entre empresas que buscan maximizar beneficios conjuntos y ayudando a que persistan dichos acuerdos⁴⁰.

La AEMP resalta en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 la importancia del secreto entre competidores (haciendo alusión al **secreto comercial** que permite ganar posición en el mercado) como generador de incertidumbre que promueve la competencia, al señalar que:

*"El secreto entre productores es el puntal importante de una competencia activa, **mantener en secreto estrategias y acciones futuras** a tomar en el mercado tanto para descolocar a un competidor como para ganar posición en el mercado."*

El IBCH procede a realizar un análisis parcial del texto presentado por la AEMP con lo que llega a distorsionar su sentido, al señalar que: "La AEMP, paradójicamente, hace del secreto, no de la transparencia, una virtud, contra el fin mismo de sus funciones en la materia...". Sobre este argumento, cabe señalar que el IBCH al realizar un análisis parcial confunde el secreto comercial estratégico entre empresas que fue señalado por la AEMP, con temas de transparencia y ética, inclusive llega a dar a entender que la AEMP como parte de sus atribuciones debería promover el intercambio de secretos comerciales entre

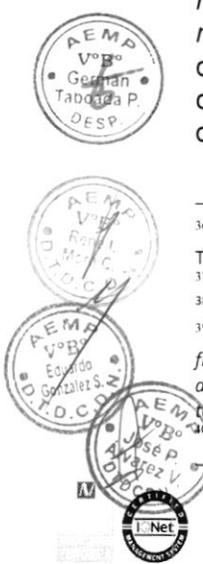
³⁶ Copia original del texto: "Strategic uncertainty is concerned with choosing the right business model and picking the right strategic logic". The Blackwell Encyclopedia of Management Strategic Management, McGee, 2005 (pag. 376)

³⁷ Analiza situaciones en las cuales están representadas dos (o más) partes antagónicas que persiguen objetivos opuestos.

³⁸ Entrada de una nueva empresa al Mercado.

³⁹ Traducción del texto original: "Firms behave strategically when they engage in activities intended to change their rivals' expectations. A firm may reduce prices or significantly increase advertising expenditures when threatened by entry in an attempt to prevent entry. If these are credible strategies, then entry may be deterred. In addition, the firm may establish a reputation for aggressive behavior to send a signal to other potential entrants". The Blackwell Encyclopedia of Management Strategic Management, McGee, 2005 (pag. 226)

⁴⁰ The Blackwell Encyclopedia of Management Strategic Management, McGee, 2005 (pag. 40)



empresas rivales para cumplir con normativas de competencia, gobierno corporativo y con la Constitución Política del Estado.

El IBCH por medio de este argumento pretende desconocer principios básicos en materia económica relativos al rol determinante que juega la incertidumbre estratégica entre empresas. Dentro de este contexto, al haber adoptado acciones contra la competencia, es lógico que el IBCH pretenda desconocer la incertidumbre estratégica como un elemento que promueve la competencia. De acuerdo a Véntsel (1977), "la mayoría de los juegos que tienen importancia práctica no pertenecen a la clase de juegos con información perfecta puesto que la **incertidumbre** sobre las acciones del contrario es generalmente un elemento substancial en las situaciones de conflicto"⁴¹.

Toda vez que entre las atribuciones de la AEMP no se encuentra el promover el intercambio de secretos comerciales entre empresas rivales, los argumentos presentados por el IBCH en ese sentido, resultan impertinentes.

4. Memorial del IBCH de 15 de julio de 2013

Mediante memorial de fecha 15 de julio de 2013, el IBCH ofrece y presenta prueba, que a su criterio desvirtuaría los cargos establecidos por la AEMP en contra de dicho instituto, según el siguiente detalle:

- Ni la decisión de importación de clínker en los años 2010 y 2011, ni la propuesta de ITACAMBA de importar cemento para las empresas concreteras emergieron de un acuerdo colusorio.
- El carácter técnico de los objetivos del IBCH.
- La producción de estadísticas constituye un objeto lícito y necesario para el país.

4.1. De la incorrecta interpretación del IBCH respecto a los cargos formulados por la AEMP

Según el IBCH, mediante memorial de 15 de julio de 2013 este instituto ofrece y presenta "documentos y hechos que prueban que ni la decisión de importación de clínker en los años 2010 y 2011, ni la propuesta de ITACAMBA de importar cemento para las empresas concreteras ni otros actos reputados por la AEMP como anticompetitivos, emergieron de un acuerdo colusorio, sino de la escasez de cemento y clínker en el mercado".

Mediante el párrafo anterior el IBCH señala que las pruebas presentadas buscan demostrar que ni la importación de clínker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clínker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, como supuestamente lo habría calificado la AEMP.

Sin embargo, como lo señala la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, en el acápite correspondiente a la *subsunción de la acción*, los cargos formulados por la AEMP encuentran su fundamento en el rol **facilitador del IBCH** para que las empresas

⁴¹ Elementos, de la Teoría de los Juegos, E. S. Véntsel 1977 (pag. 10)





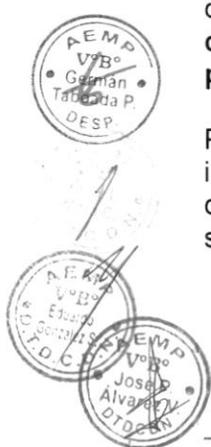
asociadas a dicho instituto cometiesen prácticas anticompetitivas de: **i) Incremento y fijación de precios, ii) fijación de cuotas de mercado y iii) distribución o imposición de espacios geográficos.** Esta identificación se encuentra debidamente detallada en la mencionada resolución de la siguiente manera:

"...la conducta del IBCH aparentemente habría incurrido en la obtención de ventajas o beneficios propiciando la comisión de las siguientes infracciones:

1. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. para efectivizar **el incremento y la fijación simultánea del precio del cemento**, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el **inciso a), párrafo I, artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519** de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de precios presumiblemente controlada y monitoreada por las empresas cementeras a través del IBCH.
2. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar **la fijación de cuotas de mercado y la consecuente limitación o restricción a la comercialización del cemento**, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el **inciso b), párrafo I, artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519** de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de cuotas de mercado controlada y monitoreada por las empresas cementeras a través del IBCH.
3. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar **la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado de cemento**, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el **inciso c), párrafo I, artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519** de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, distribución de espacios geográficos controlado y monitoreado por las empresas cementeras a través del IBCH".

Es evidente que el IBCH confunde los cargos formulados en su contra mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, toda vez que presenta pruebas que buscan demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, siendo que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por haber facilitado la importación de clinker, ni por una propuesta de la empresa ITACAMBA de importar clinker.**

Por lo tanto, las pruebas aportadas por dicho instituto destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes y no corresponde su valoración.



4.2. Del carácter técnico de los objetivos del IBCH

El IBCH hace referencia a la Escritura Pública No. 252/1997 que contiene la Constitución y Estatutos de dicho instituto, los cuales "...reflejan con claridad los objetivos del IBCH...", dando a entender que el solo hecho de que sus objetivos se encuentren enunciados en dichos documentos representaría per se el cumplimiento a la norma de Defensa de la Competencia, sin embargo, la simple enunciación de dichos objetivos no desvirtúa los cargos establecidos en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, ni logra demostrar que el IBCH no cumplió un rol **facilitador** para que las empresas él asociadas cometiesen prácticas anticompetitivas, argumento que carece de sustento técnico.

Finalmente, el IBCH indica: "...adjuntamos los siguientes Certificados en copias legalizadas, que prueban que el Instituto realiza sus actividades en total conformidad con sus objetivos y que éstos son plenamente lícitos..."

Los distintos certificados emitidos por la Administradora Boliviana de Carreteras (Regional Santa Cruz), la empresa Ecoviana, la consultora CONNAL, la Asociación de Consultores de Ingeniería (ACI), el Gobierno Autónomo Departamental de Santa Cruz, la empresa Valle Hermoso y la empresa SOBOCE S.A., presentados por el IBCH, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.

4.3. La producción de estadísticas constituyen un objeto lícito

Según el IBCH la información estadística que publica consta de: "...únicamente estadísticas de producción y ventas como lo ha podido comprobar la AEMP visitando la página Web del IBCH, lo que no supone, de ningún modo, que monitorea cuotas de mercado", y señala que: "...esta actividad por sí sola no constituye ningún ilícito".

Sobre el particular, cabe señalar en primer lugar, reiterar el análisis realizado en el punto 3.5., respecto a que existe información que en materia de Defensa de la Competencia es considerada de tipo sensible (ej. precios, descuentos, proyectos de inversión, clientes, estudios de mercado) la cual al ser intercambiada entre empresas rivales, **facilita la comisión** de prácticas anticompetitivas, da continuidad a los acuerdos colusorios y genera ventajas a favor de terceros. Este tipo de información es intercambiada en las Reuniones de Directorio del IBCH, pero posteriormente no es publicada, siendo **únicamente de conocimiento de las empresas asociadas a dicho instituto**.

En segundo lugar, al margen de la información que es de conocimiento únicamente de las empresas asociadas al IBCH señalada anteriormente, existe la información acumulada y publicada por dicho instituto, misma que según el análisis realizado a lo largo del punto 3.6, presenta **límites** en cuanto al tipo y al formato en que esta puede ser intercambiada. Las





razones por las cuales las distintas autoridades de Defensa de la Competencia a nivel mundial⁴², consideran riesgoso el que asociaciones intercambien información:

- i. **desagregada,**
- ii. **con mayor frecuencia y actualidad de los datos,**
- iii. **no manejada por terceros independientes.**
- iv. **Relacionada con estrategias futuras,**
- v. **No es de dominio público.**

El riesgo de su ubicación, se debe primordialmente a que esta información permite a las empresas asociadas, identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas hacia el cumplimiento de un acuerdo colusorio que maximiza los beneficios conjuntos, distinto a comportamiento estratégico que existiría en un mercado en competencia.

Por el contrario, la información intercambiada entre empresas no representaría riesgo para la competencia si esta se encuentra:

- Lo suficientemente **agregada** como para perder sensibilidad.
- Procesada y publicada con una menor frecuencia y es de carácter histórico.
- Manejada por terceros independientes (ej. INE, CAN).
- No guarda relación con parámetros de competencia (ej. Precios, descuentos, clientes, etc.)
- Es de dominio público

El análisis sobre la información estadística publicada por el IBCH y su riesgo de afectación a la competencia será realizado en el siguiente punto.

4.3.1. Riesgo de afectación a la competencia mediante la publicación de información desagregada por el IBCH

Corresponde analizar el nivel de desagregación presente en las distintas estadísticas publicadas en el IBCH y el riesgo de afectación a la competencia, por lo que a continuación se realiza una valoración de los distintos cuadros estadísticos disponibles en la página web de dicho instituto.

Los cuadros estadísticos mensuales publicados por el IBCH en Hoja Excel pueden ser resumidos en:

- Análisis de ventas por fábrica (ej. *Pr Fabrica*)
- Análisis de producción y ventas por empresa y destino de venta (ej. *Por Año*)
- Análisis de Variaciones acumuladas (ej. *Var.Acum. "mes"*)

Guía de Asociaciones Empresariales, Comisión Nacional de la Competencia, España



4.3.1.1. Análisis de los cuadros de producción y ventas por fábrica (Pr Fabrica) del IBCH

Los volúmenes de ventas individualizados por planta de producción y destino de ventas (departamento y exportaciones), presentes en la hoja de Excel *Pr Fábrica*, en las estadísticas publicadas por el IBCH para el periodo 1990 - 2012, presenta el siguiente formato:

Cuadro N° 4

Estadísticas de ventas por planta de producción y destino de ventas (por departamento) de cemento, Bolivia, periodo 1990-2012

EMPRESA: SOBOCE VIACHA

CEMENTO
(Toneladas)

AÑO	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)	PRODUCCION	VENTAS NACIONALES										VENTAS EXPORTACION
			SANTA CRUZ	LA PAZ	COCHABAMBA	SUCRE	ORURO	TARIJA	POTOSI	BENI	PANDO	TOTAL	

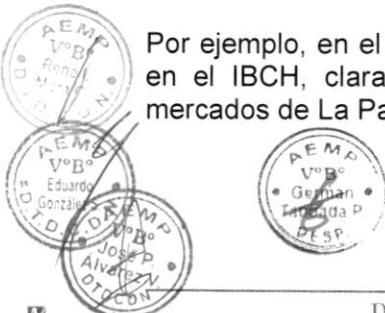
Fuente: IBCH http://www.ibch.com/index.php?option=com_remository&Itemid=&func=startdown&id=108

El cuadro anterior, extraído de las estadísticas que son publicadas por el IBCH en su página web, permite evidenciar el nivel de desagregación de dicha información, en base a la cual se puede determinar de manera individualizada:

- La planta de producción (ej. SOBOCE, planta Viacha).
- La capacidad de producción de dicha planta de producción.
- La producción efectiva de dicha planta.
- El destino de venta de dicha producción, por departamento o vía exportación.
- La cantidad vendida en un departamento por año.

Esta información **individualizada a nivel de planta de producción por destino de ventas (departamento o exportación)**, detalla la capacidad o no de las distintas plantas de producción del país de incrementar su producción (capacidad ociosa), además de permitir identificar cuánto de la producción de cada planta, es destinado a qué departamento, permite (gracias al nivel de **desagregación**) a empresas miembros de un acuerdo colusorio identificar si existe alguna desviación respecto a los territorios pactados.

Por ejemplo, en el caso de la planta de producción de FANCESA, la información disponible en el IBCH, claramente permite monitorear la salida de la empresa FANCESA de los mercados de La Paz y Oruro, durante el periodo 2002-2012:





Cuadro N° 5
Monitoreo a asignaciones de territorio
EMPRESA: FANCESA

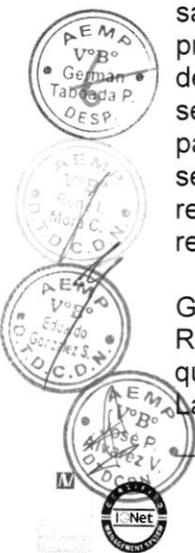
CEMENTO
(Toneladas)

AÑO	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)	PRODUCCION	VENT		
			SANTA CRUZ	LA PAZ	ORURO
1990	244.000	209.249	110.284	415	5.230
1991	244.000	234.526	134.932	22	2.108
1992	244.000	233.737	139.925	50	5.838
1993	244.000	237.630	145.080	223	1.551
1994	244.000	242.664	151.311		2.240
1995	244.000	243.840	151.196		60
1996	334.000	250.535	147.623	22	20
1997	334.000	312.682	194.821	116	2.400
1998	334.000	339.553	209.544	2.511	5.754
1999	334.000	339.261	194.954	6.238	6.087
2000	334.000	265.390	133.697	7.045	3.500
2001	334.000	235.032	108.054	575	252
2002	375.260	250.092	121.404	0	0
2003	375.260	300.516	141.508	0	0
2004	375.260	339.042	170.869	0	0
2005	375.260	387.896	165.244	0	0
2006	410.000	413.905	191.906	0	0
2007	410.000	411.216	223.217	0	0
2008	630.000	532.260	303.249	0	0
2009	630.000	625.578	375.415	0	0
2010	630.000	658.895	424.196	0	0
2011	750.000	707.724	437.395	0	0
2012	750.000	744.009	461.723	5.744	0

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH
http://www.ibch.com/index.php?option=com_remository&Itemid=&func=startdown&id=108

Como la AEMP lo señaló en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, en el Acta N° 10-2000 de FANCESA de fecha **19 de enero de 2001**, se habría recibido una propuesta de acuerdo colutorio, que permitía **fijar precios, establecer participaciones de mercado y asignarse territorios**. La disminución en volúmenes de ventas y la posterior salida de la empresa FANCESA de los territorios de La Paz y Oruro, son coincidentes con la propuesta colutoria a la que se hace alusión en citada Acta (ver cuadro N° 5) y como se demuestra en el cuadro anterior, los datos presentados por el IBCH permiten hacer un seguimiento inequívoco a posibles incursiones por parte de FANCESA en el mercado paceño y/o Orureño (situación que representaría una desviación de acuerdo colutorio). El seguimiento y control para que no existan posibles desviaciones al acuerdo, puede ser realizado por los miembros del acuerdo a través de estas publicaciones desagregadas que realiza el IBCH.

Gestiones previas a la sanción por parte de la AEMP a las empresas cementeras mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 (gestión 2012), demuestran que no existieron volúmenes comercializados por la planta FANCESA en el Departamento de La Paz (ver cuadro N° 5).



Un análisis similar se puede realizar tomando en cuenta los destinos de ventas de las plantas de producción de SOBOCE-El Puente, donde se puede realizar un monitoreo a la salida de los productos de SOBOCE del departamento de Chuquisaca; asimismo en el caso de los productos de COBOCE Irpa –Irpa se puede evidenciar en primer lugar la disminución y luego su salida de los departamentos de La Paz y Oruro.

Por lo tanto, los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, permite concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **asignaciones de territorios** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**

4.3.1.2. Análisis de los cuadros de producción y ventas por año (Por Año) del IBCH.

Los volúmenes de producción y ventas individualizadas por planta de producción, presentes en la hoja de Excel **Por Año**, en las estadísticas publicadas por el IBCH para el periodo 1990 - 2012, presenta el siguiente formato:

Cuadro N° 6
Monitoreo a Participaciones de mercado

ESTADÍSTICAS NACIONALES DE CEMENTO 2012
INFORME ANUAL

CEMENTO
(Toneladas)

EMPRESA	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)		PRODUCCION			CAPACIDAD UTILIZADA		VENTAS NACIONALES										
	TM	%	TM	%	%	SANTA CRUZ		COCHABAMBA		LA PAZ		CHUQUISACA		TARJIA		ORURO		
						TM	%	TM	%	TM	%	TM	%	TM	%	TM	%	
SOBOCE	Viacha	915.000	27,57%	802.551	29,57%	87,71%	0	0,00%	0	0,00%	686.298	99,17%	0	0,00%	0	0,00%	7.710	4,12%
	Wames	217.000	6,54%	209.116	7,70%	96,37%	225.052	27,91%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%
	El Puente	222.000	6,69%	235.193	8,67%	105,94%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	220.573	95,92%	0	0,00%
	Emisa	190.000	5,72%	188.928	6,96%	99,44%	0	0,00%	82.315	16,34%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	179.560	95,88%
	SUB-TOTAL	1.544.000	46,52%	1.435.788	52,90%	92,99%	225.052	27,91%	82.315	16,34%	686.298	99,17%	0	0,00%	220.573	95,92%	187.269	100,00%
FANCESA	750.000	22,60%	744.009	27,41%	99,20%	461.723	57,27%	5.692	1,13%	5.744	0,83%	189.188	100,00%	9.378	4,08%	0	0,00%	
COBOCE	825.000	24,86%	446.549	16,45%	54,13%	33.322	4,13%	415.787	82,53%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	
ITACAMBA	200.000	6,03%	87.742	3,23%	43,87%	86.142	10,68%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	
Importación Total de Cemento (INE Preliminar verificado al 08/Abril)																		
TOTAL	3.319.000	100,00%	2.714.089	100,00%	81,77%	806.239	27,66%	503.794	17,29%	692.042	23,74%	189.188	6,49%	229.951	7,89%	187.269	6,43%	

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH

Como se puede apreciar en el cuadro N° 6 extraído de las estadísticas que son publicadas por el IBCH, existe un nivel de desagregación de dicha información que permite determinar de manera individualizada:

- La planta de producción (ej. SOBOCE, planta Viacha).
- La capacidad de producción de dicha planta de producción.
- La producción efectiva de dicha planta.



- Capacidad Utilizada/Ociosa
- El destino de venta de dicha producción, por departamento o vía exportación.
- La información se encuentra expresada en **valores porcentuales para cada año**.

La información presente en el cuadro N° 6 (*Por Año*) es similar a la presente en los cuadros de información **Pr Fábrica** (ver punto 4.3.1.1.), con la diferencia de que la información de todas las plantas de producción es estructurada por año, y con la característica de que los volúmenes de ventas por departamento se encuentran expresados en valores porcentuales.

Una vez más se evidencia que la información presenta un formato **individualizado a nivel de planta de producción por destino de ventas (departamento o exportación)**, esta información expresada en valores porcentuales permite a empresas miembros de un acuerdo colusorio identificar si existe alguna desviación respecto a las participaciones de mercado que se tienen pactadas.

Esta información así presentada, no demuestra que se realice una investigación, transferencia de tecnología o promoción de las aplicaciones del cemento y el hormigón tal como señala el IBCH en sus estatutos; el expresar en valores porcentuales las ventas de cada una de las plantas de producción y su destino de venta no implica un aporte investigativo, sino realizar un **monitoreo y control a las participaciones de mercado que cada empresa tiene en los distintos departamentos de Bolivia**. La información de las participaciones de mercado por departamento, permite a los miembros de un cartel identificar posibles desviaciones respecto a las participaciones pactadas y de esta manera las empresas en colusión pueden ajustar sus ventas de manera que los niveles de participación establecidos en el acuerdo sean cumplidos.

En base a este monitoreo de las participaciones de mercado es que las mismas tienden a **volverse estables en el tiempo**. Como se pudo observar en el gráfico N° 1, las empresas SOBOCE, COBOCE y FANCESA estabilizaron sus respectivas participaciones de mercado en el departamento de Cochabamba a partir del 2002 hasta el 2011, elemento inequívoco de que las empresas miembros del cartel realizan el seguimiento a sus participaciones de mercado a través de la información publicada por el IBCH.

Por lo tanto, los cuadros de *producción y ventas por Año* disponibles en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando el IBCH la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519**.

4.3.1.3. Análisis de los cuadros de Variación de ventas mensuales del IBCH

Los volúmenes de producción y ventas individualizadas por planta de producción de manera **mensual**, presentes en la hoja de Excel **Var.Acum. "mes"**, en las estadísticas publicadas por el IBCH, presenta el siguiente formato para el mes de febrero del 2013:





Cuadro N° 7
Monitoreo a evolución de ventas mensuales

VARIACION Feb. 2013 - Feb. 2012	PRODUCCION	VENTAS NACIONALES (TM)								
		SANTA CRUZ	LA PAZ	COCHABAMBA	CHUQUISACA	ORURO	TARIJA	POTOSI	BENI	
SOBOCE VIACHA	5.167	0	7.384	0	0	-1.296	0	0	0	
SOBOCE WARNES	2.806	4.435	0	0	0	0	0	0	768	
SOBOCE EL PUENTE	8.678	0	0	0	0	0	3.996	1.777	0	
SOBOCE EMSA	5.001	0	0	5.903	0	3.213	0	0	0	
SOBOCE TOTAL	21.652	4.435	7.384	5.903	0	1.918	3.996	1.777	768	
FANCESA	23.388	12.489	1.366	840	5.595	0	602	466	0	
COBOCE	-2.824	-2.842	0	-7.840	0	0	0	0	1.283	
ITACAMBA	2.130	2.501	0	0	0	0	0	0	-255	
TOTAL Ind. Nacional	44.346	16.583	8.750	-1.097	5.595	1.918	4.598	2.242	1.796	
Importación Insumos Bolivia										
Otros Importadores										
TOTAL MERCADO DEL CEMENTO										

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH

Como se puede apreciar en el cuadro N° 7, existe un nivel de desagregación en la información, que permite determinar de manera individualizada:

- La planta de producción (ej. SOBOCE, planta Viacha).
- La capacidad de producción de dicha planta de producción hasta febrero del 2013.
- La producción efectiva de dicha planta hasta febrero del 2013.
- El destino de venta de dicha producción, por departamento o vía importación.

La información presente en el cuadro N° 7 (**Var.Acum.Febrero**) es similar a la presente en los cuadros N° 5 y N° 6 tanto en la información como en el nivel de desagregación e individualización de la misma respecto a las plantas de producción, que permite las variaciones en los volúmenes de ventas entre las gestiones 2012-2013.

En las estadísticas del IBCH, para el ejemplo anterior (febrero del 2013), el IBCH procede posteriormente a realizar un análisis comparativo de las ventas acumuladas del mes de febrero del 2013, respecto a las ventas acumuladas para febrero del 2012 en valores porcentuales (ver cuadro N° 8), identificándose las diferencias porcentuales que habrían existido de un año al otro en cada departamento del país.

Cuadro N° 8
Monitoreo a evolución de ventas mensuales 2013-2012

VARIACION % Feb. 2013 - Feb. 2012	PRODUCCION	VENTAS NACIONALES								
		SANTA CRUZ	LA PAZ	COCHABAMBA	CHUQUISACA	ORURO	TARIJA	POTOSI	BENI	
SOBOCE VIACHA	4,24%		7,26%			-62,50%				
SOBOCE WARNES	8,34%	13,21%							36,34%	
SOBOCE EL PUENTE	28,07%						14,26%	64,32%		
SOBOCE EMSA	18,85%			69,05%		12,00%				
SOBOCE TOTAL	10,17%	13,21%	7,26%	69,05%		6,65%	14,26%	64,32%	36,34%	
FANCESA	21,10%	17,89%		97,39%	21,10%		51,22%	3,62%		
COBOCE	-3,48%			-10,82%					#DIV/0!	
ITACAMBA	12,39%	15,81%								
TOTAL Ind. Nacional	10,51%	13,59%	8,60%	-1,34%	21,10%	6,65%	15,74%	14,34%	72,63%	
Importación Insumos Bolivia (1)										
Otros Importadores (2)										
TOTAL MERCADO DEL CEMENTO, INCLUYE TODAS LAS IMPORTACIONES										

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH





Este tipo de análisis es realizado para **todos los meses del año**, información disponible en las estadísticas publicadas en la página web del IBCH desde julio del 2011 hasta febrero del 2013.

La información sobre las variaciones porcentuales de ventas **desagregada e individualizada de manera mensual**, permite a un cartel realizar un seguimiento y control a posibles desviaciones en participaciones de mercado establecidas en un acuerdo colusorio y proceder a ajustar los volúmenes de ventas acorde al acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**

La importancia que el IBCH otorga al nivel de desagregación e individualización de la información estadística, que permite a la misma ser una herramienta de seguimiento y control, se hace aún más evidente según lo expresado en Acta de Reunión de Directorio N° 36 de 19 de agosto de 2003 que señala:

*“El Ing. Alfaro propuso considerar algún mecanismo para **desagregar los datos de ventas de cemento, considerando rubros como vivienda, infraestructura, pavimentos y otros...**”*

Este nivel de desagregación permite a empresas en colusión, identificar el destino de sus ventas a un nivel muy específico, que ninguna entidad independiente como el INE o la CAN han presentado jamás.

En resumen, un análisis de los distintos cuadros estadísticos publicados en el IBCH, demuestra que estos presentan un nivel de desagregación e individualización, que permite a empresas en colusión realizar un monitoreo y control de:

- Los niveles de producción y ventas a nivel individualizado por planta de producción y por departamento en el que se comercializa el producto,
- La capacidad ociosa de las empresas (la cual puede ser usada como estrategia disuasoria de nuevos entrantes),
- Cumplimiento a la asignación de territorios establecidos mediante un acuerdo colusorio,
- Cumplimiento a los niveles de participación de mercado departamental acordes con participaciones establecidas en el acuerdo colusorio,
- Identificar desviaciones en los volúmenes de ventas mensuales, mediante diferencias porcentuales de los mismos por períodos y proceder a un ajuste acorde a un acuerdo de participaciones de mercado.

Por lo tanto, en base a al análisis de la información estadística se concluye que la misma presenta un nivel de desagregación e individualización que **facilita a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas enmarcadas en el **artículo 10, incisos b) y c) del Decreto Supremo N° 29519**, además de permitirles realizar el seguimiento y control a sus acciones, generando el IBCH con ello ventajas a favor de terceros y poniendo en riesgo la competencia en el mercado.



4.3.1.4. Publicación de exceso de capacidad instalada como elemento disuasorio de entrada a competidores potenciales

El comportamiento estratégico de las empresas consiste en realizar actividades que busquen cambiar las expectativas de la empresas rivales, y si la estrategia es creíble entonces es posible que se disuada la entrada de entrantes potenciales, existe una variedad de comportamientos estratégicos entre los cuales podemos citar la diferenciación de productos, la capacidad excesiva de producción, inversión excesiva en investigación y desarrollo, y proliferación de productos.

La capacidad excesiva se presenta cuando los niveles de producción se encuentran por debajo de la capacidad instalada de producción, evidenciándose con ello una subutilización de su capacidad de producción; este elemento es particularmente importante debido a que puede ser utilizado como una barrera estratégica para disuadir a posibles entrantes a participar en el mercado.

De acuerdo a McAuliffe (2005) el argumento que permite establecer como una barrera estratégica el exceso de capacidad, "... es que la capacidad excesiva hace menos costoso para una empresa incumbente incrementar sus ventas y por lo tanto incrementa de manera creíble el comportamiento agresivo (como ser reducción de precios) después de que ocurre la entrada. El entrante potencial reconoce esta posibilidad y entonces se ve disuadido"⁴³.

En ese sentido, se evidencia que las estadísticas publicadas en la página web del IBCH, señalan de manera expresa tanto la capacidad instalada como los niveles de producción, permitiendo ello mediante una simple sustracción determinar los niveles de capacidad ociosa (exceso de capacidad) de cada una de las plantas de producción (ver cuadro N° 9).

Cuadro N° 9
Capacidad ociosa como barrera estratégica de entrada, 2011

EMPRESA	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)		PRODUCCION		CAPACIDAD UTILIZADA	
	TM	%	TM	%	%	
SOBOCE	Viacha	915,000	24.53%	775,883	29.19%	84.80%
	Warnes	217,000	5.82%	204,416	7.69%	94.20%
	El Puente	222,000	5.95%	228,869	8.61%	103.09%
	Emisa	190,000	5.09%	176,623	6.65%	92.96%
SUB-TOTAL		1,544,000	41.39%	1,385,791	52.14%	89.75%
FANCESA		1,161,000	31.13%	707,724	26.63%	60.96%
COBOCE		825,000	22.12%	440,720	16.58%	53.42%
ITACAMBA		200,000	5.36%	123,415	4.64%	61.71%
Total Nacional		3,730,000	100.00%	2,657,650	100.00%	71.25%

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH

⁴³ Traducción del texto original : "Excess capacity may also be used as a strategic barrier to entry (see Salop, 1979). The argument is that excess capacity makes it less costly for an incumbent firm to increase sales, and, thus, increases the credibility of "aggressive" behavior (such as price cutting) after entry occurs. The potential entrants recognize this prospect, and thus entry is deterred". The Blackwell encyclopedia of management, Managerial economics, McAuliffe (pag. 88).



Un análisis del cuadro N° 9, permite a un potencial entrante determinar que las distintas empresas se encuentran sub-utilizando su capacidad de producción (capacidad ociosa de entre 10 al 40%) y por lo tanto, podrían reaccionar de manera agresiva disminuyendo precios (economías de escala) e incrementando su producción en caso de que este potencial entrante decidiese ingresar en el mercado, por lo que resultaría costoso para un potencial entrante ingresar en el mercado y ser competitivo, situación que en última instancia disuade de entrada de este último.

Considerando la doctrina económica según la cual el exceso de capacidad puede ser utilizado como una barrera estratégica de entrada para disuadir a potenciales entrantes, se hace evidente que la publicación de este tipo de información en la página web del IBCH puede tener efectos disuasorios en los entrantes potenciales, reduciéndose con ello los niveles de competencia en la industria del cemento y generando ventajas en favor de sus asociadas.

4.3.2. Riesgo de que la frecuencia y actualidad de los datos procesados y publicados por el IBCH afecten la competencia

Como se pudo demostrar tanto en el punto 3.6.1.2.3. como en el punto 4.3.1.3. la frecuencia, veracidad y actualidad con que la información es procesada y publicada por el IBCH, representan elementos importantes para las empresas asociadas a dicho instituto, pero que sin embargo, este tipo de información arriesga la competencia en el mercado.

En base al análisis realizado en los mencionados puntos sobre la frecuencia, la actualidad y la veracidad de los datos estadísticos procesados y publicados por el IBCH, se evidencia que la misma presenta:

- Una frecuencia mensual que es exigida por las empresas asociadas,
- Una necesidad de que la información cuente con datos veraces y actualizados no solamente de las asociadas, sino del INE relativos a importación de cemento.

Por lo anterior, se concluye que tanto los niveles de frecuencia mensual como la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada, representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros además de constituir un instrumento de disuasión para otras empresas que deseen ingresar a competir en el mercado.**

4.3.3. Riesgo de que la información estadística no sea procesada por un tercero

En el punto 3.6.1.2.4., ya se realizó un análisis respecto al conflicto de intereses existente entre el Directorio del IBCH conformado por **altos ejecutivos de las mismas empresas competidoras** (Primordialmente Gerentes Generales, Gerentes Comerciales, Gerentes de Marketing y ventas, Gerentes de Planificación y Logística o Gerentes de Operaciones) **relacionados directamente con áreas que pueden influir en los volúmenes de producto que serán destinados en el mercado boliviano (y no por personal técnico) y el hecho de**



que la información sensible, desagregada, individualizada, actualizada, veraz y de frecuencia mensual se encuentre a su disposición, toda vez que dicha información **facilita a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas.

Esta situación difiere de entidades independientes como el INE o la CAN, las cuales publican información veraz pero en un formato agregado, histórico y con una frecuencia anual, de manera que esta información **no facilite** la comisión de prácticas anticompetitivas.

4.3.4. Información intercambiada en el IBCH sobre estrategias futuras y otras que no son de dominio público

En el punto 3.5., se realiza un análisis detallado del tipo de información sensible (ej. precios, descuentos, proyectos de inversión futuros, clientes, estudios de mercado) que es intercambiada entre empresas asociadas al IBCH, que **facilita la comisión** de prácticas anticompetitivas, da continuidad a los acuerdos colusorios y genera ventajas a favor de terceros, que es **únicamente de conocimiento de las empresas asociadas a dicho instituto**.

Por lo tanto, en base a los distintos análisis realizados en el punto 4.3, queda desvirtuado el argumento del IBCH según el cual dicho instituto publica únicamente estadísticas de producción y ventas, lo que no supondría que monitorea cuotas de mercado y que esta información no sería por sí misma ilícita. Ya que por el contrario, queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el cumplimiento de un acuerdo colusorio que maximiza los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera la comisión de prácticas anticompetitivas, todo con la participación y concurso del IBCH.**

4.4. Respecto a los supuestos aspectos probados con el aporte de la escritura de constitución del IBCH y los demás documentos.

El IBCH enuncia una serie de elementos presentes en la escritura de constitución de dicho instituto, que ameritan un análisis legal.

5. Memorial del IBCH de 31 de julio de 2013

Mediante memorial de fecha 31 de julio de 2013, el IBCH presenta información requerida por la AEMP y prueba adicional, según el siguiente detalle:

- Detalle del cargo y el instrumento de designación de las personas que fungieron como Directores en el IBCH, durante la gestión 2001, así como durante las gestiones 2010 y 2011.
- Estructura organizacional del IBCH durante las gestiones 2001, 2010, 2011 y 2012.
- Explicación de la participación del IBCH en los proyectos carreteros mencionados en sus Actas de Reunión.





5.1. Detalle de cargos de los miembros del Directorio del IBCH en las empresas asociadas

El IBCH aportó información parcial sobre los cargos que ejercían **los miembros de su Directorio** en las empresas asociadas, argumentando que **no era materialmente posible** para el contar con documentación que refleje esta información e indicó que: "...la calidad de director de una persona en una entidad determinada, no guarda relación con el cargo que ejerza en otras entidades".

El IBCH se limitó a remitir información de los señores Marcelo Alfaro y Rosendo Soruco, aclarando que: "... hacemos conocer la extrañeza ante la solicitud de tal información, que no guarda relación alguna con el procedimiento que nos sigue...".

En respuesta a los argumentos del IBCH, corresponde remitirnos a los cuadros N° 1 y 2, en los cuales se detallan los cargos gerenciales de los Directores del IBCH en sus respectivas empresas asociadas, y resaltar como la legislación internacional citada por el IBCH encuentra riesgoso para la competencia el hecho que información individualizada y desagregada se ponga a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas en colusión (ver punto 3.6.1.2.4.).

El hecho de que no hayan miembros del Directorio del IBCH relacionado con el análisis técnico que según su Estatuto de Constitución debería realizar, y que por el contrario primordialmente Gerentes Generales o en su defecto Gerentes de las áreas de logística, Ventas, Producción y/o de Comercialización, representen a las empresas asociadas en el Directorio del IBCH, facilita la comisión de prácticas anticompetitivas, pues permite que personal gerencial tenga a su disposición información individualizada, desagregada, actualizada y veraz de las distintas empresas que intervienen en el mercado, que puede ser evaluada a través de áreas directamente relacionadas con la puesta de producto en el mercado, pudiéndose de esta manera no solamente identificar desviaciones en las participaciones de mercado pactadas, sino también determinar las "medidas correctivas" a ser aplicadas por cada empresa.

Por lo tanto queda desvirtuado el argumento del IBCH según el cual no existiría relación entre la información solicitada por la AEMP correspondiente a los cargos que los Directores de dicho instituto, ejercían en las distintas empresas asociadas. Por el contrario, queda demostrado el hecho de que información desagregada, individualizada, actualizada y veraz a disposición de personal gerencial, facilita la implementación de prácticas anticompetitivas en empresas miembros de un acuerdo colusorio.

5.2. Explicación de la participación del IBCH en los proyectos carreteros mencionados en sus Actas de Reunión.

A la solicitud realizada por la AEMP respecto al monitoreo que realizó el instituto a los proyectos carreteros, durante las gestiones 2010, 2011 y 2012, este instituto respondió aclarando que: "...el IBCH no "monitorea" proyectos de carreteras", sino que realiza la "promoción técnica del uso del cemento".





Esta afirmación es contradictoria con lo expresado por miembros del directorio de dicho instituto en Acta N° 31 de 4 de julio de 2002, en la cual un Director del IBCH "...dio una breve explicación acerca de 19 proyectos que están siendo **Monitoreados por el IBCH**". (las negrillas son nuestras).

Si bien el IBCH argumenta que el apoyo prestado a entidades que licitan proyectos carreteros es meramente técnico y que: "...no interviene de ninguna manera en el análisis económico o en el proceso mismo de licitación, reiteramos sólo brinda asesoramiento en el diseño para que se considere adecuadamente la alternativa de pavimento rígido", es preciso considerar, que el seguimiento realizado por el IBCH a este tipo de proyectos carreteros continuó a lo largo del periodo 2010-2011, permitiendo realizar el sistema de compensaciones a desviaciones en las participaciones de mercado de las empresas asociadas evidenciado en el punto 3.4.2.

6. CONCLUSIONES

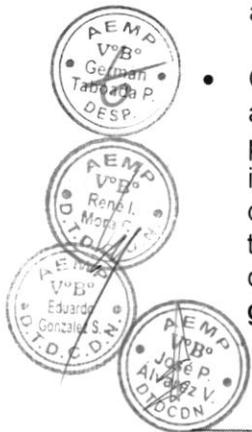
En base a lo expuesto en el presente documento y los resultados de la evaluación técnica de la información aportada por las empresas cementeras, la recopilada en el IBCH y otra información relacionada al presente caso, se concluye que:

- **Queda desvirtuado** el argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría "...actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519", y por el contrario queda demostrado que el IBCH es un **Agente Económico que realiza actividades económicas**.
- El análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web **facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros**.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración carece de verdad material y formal.
- **Queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de **carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH**.
- **Queda demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.**





- Queda **demostrada** la causalidad entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.
- La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde el Presidente del Directorio hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios del sector cementero** (es decir un acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva).
- **Se demostró la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser parcial e incorrecto**, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.
- No toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.
- El Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH hace referencia a la coordinación de las asociadas para fijar de precios de venta de producto, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Según la legislación europea rescatada por el propio IBCH, la información intercambiada por empresas miembros del IBCH es aquella utilizada por miembros de un cartel para realizar un monitoreo a las participaciones de mercado y con ello realizar ajustes ante posibles desviaciones del acuerdo.
- Queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**

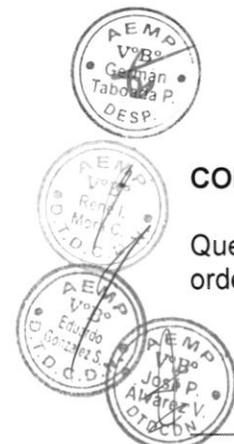




- Las pruebas aportadas por el IBCH destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes, toda vez que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por estas actividades.**
- Los distintos certificados presentados por el IBCH que supuestamente demuestran el carácter técnico de dicho instituto, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.
- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y el mismo tiempo permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de territorios de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Los cuadros de *producción y ventas por Año* publicados en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.
- Queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas.**
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión.

CONSIDERANDO: (Análisis Jurídico de los descargos del IBCH)

Que, el IBCH presentó los siguientes argumentos con relación a situaciones procesales y de orden jurídico:





SUPUESTA IRRETROACTIVIDAD Y PRESCRIPCIÓN

a. Irretroactividad.-

1. Lo que debe quedar claramente establecido, como elemento central y determinante para el análisis, es que las conductas anticompetitivas establecidas en el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, cuya presunta comisión acusa la AEMP, son tales precisamente a partir de la publicación de dicha norma en la Gaceta Oficial de Bolivia N° 3082 el 17 de abril de 2008.
2. En ese entendido, las conductas anticompetitivas contempladas en la referida norma, sólo merecen sanción a partir del 17 de abril de 2008, momento a partir del cual esas conductas quedaron tipificadas como prácticas anticompetitivas por el Decreto Supremo N° 29519, no antes, porque antes de esa fecha esa norma no puede regir, por un elemental principio de seguridad jurídica y de validez de las normas en el tiempo.
3. Teniendo en cuenta lo señalado y que además en el cuarto párrafo del Considerando (Conclusiones) de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, la AEMP expresa que "... el presente procedimiento es consecuencia de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, el periodo de investigación se remite al mismo periodo de investigación que dio origen a dicha resolución, es decir el periodo que comprende los años 2010-2011", la investigación y análisis de antecedentes que realice la AEMP debería centrarse en la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas en el periodo 2010-2011.
4. Por lo expuesto, el análisis de antecedentes y la fundamentación de la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas en hechos anteriores al periodo de investigación resulta improcedente, en tanto los periodos anteriores no están sujetos a la normativa que la AEMP pretende aplicarnos.
5. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado advierte que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de las casos señalados por la Constitución".
6. Si revisamos el inciso c. del tercer párrafo del Considerando (Procedimiento Legal) de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, al respaldar las diligencias preliminares, afirma que: "Se evidenció indicios sobre la existencia de la conducta investigada, las cuales se habrían efectuado de forma continua en el periodo comprendido entre la gestión 2001 y 2011".
7. Claramente se demuestra que la AEMP está vulnerando la garantía de irretroactividad, al utilizar como respaldo actas de las gestiones 2001 y 2002, que por lo demás no son del Instituto.





8. Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional No. 0011/2002, de 5 de febrero afirma que: "... Una Ley es retroactiva cuando sus efectos se proyectan sobre hechos, actos o relaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, es decir, cuando incide sobre relaciones jurídicas legalmente establecidas y consagradas. La retroactividad implica la aplicación de una Ley nueva a hechos anteriores a su promulgación. A esta altura del análisis conviene recordar que en la doctrina constitucional se hace una distinción entre la retroactividad 'auténtica' y la 'no auténtica' de la Ley; entendiéndose por la primera la regulación con una nueva disposición una existente situación jurídica con efectos en el tiempo pasado, que sustituyen el lugar de un orden jurídico vigente en períodos anteriores, por una diferente; en cambio se entiende por retroactividad no auténtica, conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas".
9. La Autoridad hace un detalle de las actas de Directorio en las que presumiblemente para la AEMP constan acuerdos colusorios y que la AEMP usa como base de su acusación. De cuatro actas, tres corresponden a las gestiones 2001 - 2002 y corresponden a reuniones de Directorio de la empresa FANCESA, sobre las que por supuesto no puede pronunciarse el IBCH, en tanto son documentos de una persona ajena, y sólo una es del IBCH, pero tal acta corresponde a una reunión efectuada en febrero de 2011 (es decir, un período anterior a los dos últimos años sobre los cuales la AEMP podría investigar y eventualmente sancionar).

Que, en esta primera parte, el IBCH presenta como argumento de defensa el hecho que la AEMP aparentemente se encontraría en la posición de sancionar a dicho instituto por la comisión de conductas realizadas durante las gestiones 2001 - 2002.

Que, la apreciación realizada por el IBCH respecto a los fundamentos de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013 de 17 de mayo de 2013, es errónea toda vez que altera el orden de la redacción realizada por la AEMP, ya que el inciso "c" al que hace referencia el IBCH evidentemente señala:

"Se evidenció indicios sobre la existencia de la conducta investigada, las cuales se habrían efectuado de forma continua en el periodo comprendido entre la gestión 2001 y 2011".

Que de lo anterior se establece que además se presentarían evidencias de ser una conducta continua que se habría estado realizando desde el año 2001 hasta llegar al período de investigación 2010-2011, hecho que se halla ratificado por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013, cuyo párrafo cuarto del Considerando (Conclusiones), explica y aclara:

"Que, la duración del intercambio de información en el IBCH por parte de las empresas cementeras aparentemente es constante desde su creación. Sin embargo, toda vez que el presente procedimiento es consecuencia de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012, el periodo de investigación se remite al mismo



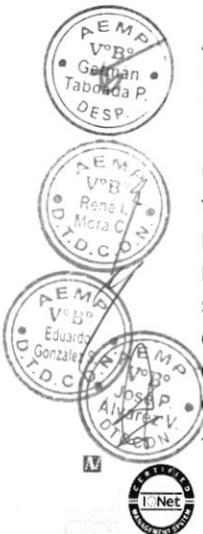
periodo de investigación que dio origen a dicha resolución, es decir al periodo que comprende los años 2010 - 2011."

Que, como puede observarse de la citada redacción, se establece claramente que el periodo de investigación comprende los años 2010 - 2011 que concluyó con la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, en la cual se denota una participación activa del IBCH en lo que refiere a la información desagregada entregada a las empresas cementeras competidoras entre sí y los acuerdos que se realizaban en sus Juntas de Directorio, evidenciando que tales conductas aparentemente eran constantes desde su creación. Sin embargo, únicamente se sancionó a las empresas cementeras por el periodo de investigación, durante el cual las citadas conductas ya son consideradas reprochables por mandato del Decreto Supremo N° 29519 y el procedimiento de investigación es definido por el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190. Actualmente, el IBCH al haber formado parte de tales conductas anticompetitivas realizadas durante las gestiones 2010 y 2011

Que, ahondando en la explicación, las conductas anticompetitivas, hasta antes de la emisión del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, el cual tiene por objeto regular la competencia frente a conductas lesivas que influyan negativamente el mercado, no eran reprochables, pero a partir de la publicación de este Decreto comenzaron a serlo. En todo caso, se hubiera esperado que con la emisión de esta disposición normativa, el IBCH, se halle disuadido de permitir que las empresas cementeras, participen de las reuniones del directorio del IBCH a través de sus gerentes generales y sostengan o mantengan una conducta de coordinación. Sin embargo no fue así, toda vez que, del análisis realizado se llegó a obtener indicios de que las empresas cementeras mantenían reuniones de coordinación a través del IBCH luego de emitirse el citado Decreto Supremo N° 29519.

Que, el hecho de haber persistido con la conducta anticompetitiva pese a la emisión de una nueva disposición de Defensa de la Competencia del año 2008, tal como puede evidenciarse del Acta N° 78 de Reunión de Directorio del IBCH de 21 de febrero de 2011, hace reprochable la conducta del IBCH, al observar que todas las empresas cementeras que la conforman desafían al Estado al aprobar conductas que fueron coordinadas y consumadas en reuniones del IBCH. Lo cual inevitablemente conlleva al trámite del presente procedimiento sancionador en el que resulta aplicable el Decreto Supremo N° 29519, dada la obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. como señala la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, por lo que resulta inapropiado hacer alusión a una supuesta vulneración el principio de "Irretroactividad de la Ley".

Que, asimismo, pese a que el análisis histórico de la conducta de las empresas cementeras, fue realizado desde la gestión 2001, la AEMP al encontrar que las conductas ya reprochables desde el 2008 por mandato del Decreto Supremo N° 29519, continuaban realizándose durante el periodo de investigación 2010 y 2011, las mismas fueron sancionadas mediante la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, no por el periodo de tiempo en el que comenzó el IBCH a entregar información desagregada a empresas competidoras entre sí o por el periodo de tiempo en que permitió que las empresas acuerden conductas conjuntas, sino por el periodo de tiempo que permite la ley



(dentro los 2 años de conocido el hecho) y dentro el cual dichas conductas son reprochables como por ejemplo el Acta N° 78 de 21 de febrero de 2011.

Que, con relación a que las conductas analizadas por la AEMP corresponderían a gestiones pasadas, y que de acuerdo al análisis técnico del ente regulador ha permanecido en el tiempo como se demuestra en las Actas analizadas desde el 2000 hasta el Acta N° 78 de Reunión de Directorio de 21 de febrero de 2011, el Tribunal Constitucional hace referencia al caso de conductas en el tiempo, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0283/2013 de 13 de marzo de 2013, que señala lo siguiente:

“Una temática que precisa ser considerada, es la relativa a la clasificación de los delitos por el momento de su consumación y la duración de la ofensa al bien jurídico protegido. Al respecto, la SC 0190/2007-R de 26 de marzo, haciendo referencia a las SSCC 1190/2001-R y 1709/2004-R, concluyó lo siguiente: en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación.”

Que, la citada Sentencia Constitucional N° 0190/2007-R a su vez señala:

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre, hizo referencia a la clasificación de los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico, señalando, entre ellos a los tipos instantáneos y a los tipos permanentes, conforme al siguiente entendimiento: “En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva”.

*Posteriormente, la SC 1709/2004-R, 22 de octubre puntualizó aún más la diferencia entre delitos instantáneos y permanentes, al determinar que: “(...) en función a la duración de la ofensa al bien jurídico vulnerado, los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que -como se tiene referido en la Sentencia constitucional citada precedentemente- son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. **Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito. Sin embargo, la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los delitos***



M





instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo". (Las negrillas son nuestras)

Conforme a la jurisprudencia glosada precedentemente, en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación⁴⁴.

Que, de acuerdo al criterio descrito precedentemente por el Tribunal Constitucional de Bolivia, la conducta del IBCH se halla en la categoría de infracciones de tipo "permanente", toda vez que el estado dañoso o de peligro proveniente de la conducta del IBCH no se agota en un solo instante, como se puede apreciar de los análisis efectuados por el ente regulador, sino que aparentemente subsistirían en el tiempo como la ha determinado la AEMP durante la gestión 2011, periodo de tiempo que se encuentra en el margen de sanción, es decir que, de verificarse los indicios y presunciones el ente regulador estará plenamente facultado a imponer una sanción.

A manera de conclusión respecto a este punto, ha quedado establecido que el ente regulador no ha vulnerado el principio de irretroactividad, toda vez que no se persigue ni procesa la ilicitud de una conducta realizada en el año 2001, sino que al tratarse de una conducta "permanente", que persiste hasta el 2011 inclusive, se inició proceso únicamente por la realización de esta conducta durante las gestiones 2010 y 2011, periodo en el que la conducta ya era reprochable por encontrarse en vigencia el Decreto Supremo N° 29519, en consecuencia, se establece que no existe aplicación retroactiva de la citada norma, como equivocadamente afirma el IBCH.

b. Prescripción.-

Que, por otra parte el IBCH señala que la AEMP habría iniciado el procedimiento en mayo de 2013, por lo que los dos periodos anteriores a mayo de 2011 ya se encontrarían prescritos y no se podría suscitar la imposición de ningún cargo, aún en el caso de evidenciar alguna conducta sancionable. Todo esto de acuerdo a los argumentos descritos a continuación:

10. La Prescripción es una Institución Jurídica contemplada en la Ley del Procedimiento Administrativo (Ley 2341), por la cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos, aceptándose ésta como una medida extintiva o liberatoria, mediante la cual se pierde el derecho de sancionar al regulado por la inacción de la Autoridad Administrativa (en este caso), por el transcurso del tiempo.

⁴⁴ Sentencia Constitucional N° 0190/2007-R; Sucre 26 de marzo de 2007; Expediente: 2006-13795-28-RAC; Distrito: La Paz; <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resolucion16022.html>



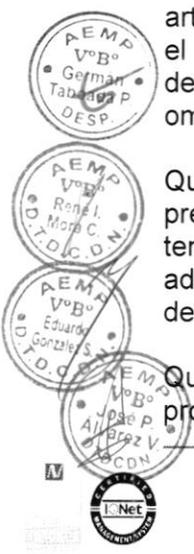


11. El artículo 7 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 29 de mayo de 2008, dispone que "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341".
12. En ese entendido y considerando que el presente proceso fue notificado en mayo de 2013, tendríamos que los periodos anteriores a mayo de 2011 (dos años antes) ya estarían prescritos y no podrían suscitar la imposición de ningún cargo, aun en el caso que esa acta evidenciara la comisión de alguna conducta anticompetitiva sancionable, lo que no es el caso ni admitimos.
13. En concordancia con lo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo establece, en su artículo 79 que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años".
14. Dado que la última acta que la AEMP utiliza para "demostrar" la existencia de los indicios que ocasionaron los cargos, es del 21 de febrero de 2011, el presente procedimiento sancionador está prescrito por ley en cuanto al IBCH.
15. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, y sin que consintamos de ninguna manera la vigencia de este procedimiento, debemos advertir que el párrafo del Acta N° 78 que objeta la AEMP ha sido descontextualizado, puesto que si se revisa esta acta íntegra y las vecinas, se podrá concluir sin duda que en el momento de su redacción existía una marcada escasez de cemento en el país y de manera absolutamente extraordinaria se habla de realizar una importación especial para las industrias hormigoneras de manera que dichas industrias asuman un costo adicional, propuesta que, sin embargo, nunca llegó a materializarse.
16. En esta acta se acordó presentar el tema mencionado al Ministerio de Obras Públicas, por ello resulta inaudito que un "indicio" de una conducta anticompetitiva sea una discusión transcrita en la que los presuntos culpables señalan que informarán al Ministerio tal cuestión.

Que, respecto de la supuesta prescripción del procedimiento que argumenta el IBCH, el artículo 7 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 en concordancia con el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, evidentemente establece el plazo de dos (2) años para la prescripción de sanciones computables a partir de los hechos actos u omisiones constitutivos de la infracción.

Que, el IBCH de acuerdo a los argumentos expuestos, omite considerar la interrupción de la prescripción, descrita en el párrafo siguiente que señala: "La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia (ahora AEMP) realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor".

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, una vez concluido el procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas cementeras a través de





la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, evidenciando que el Acta N° 78 del IBCH constituía uno más de los elementos que dejaron en evidencia una conducta coordinada entre las empresas SOBOCE S.A., COBOCE LTDA., FANCESA e ITACAMBA CEMENTO S.A., decidió dar inicio al procedimiento administrativo a través del **Auto Administrativo de 15 de febrero de 2013 de Diligencias Preliminares, notificado el día 20 de febrero de 2013**, como cursa en antecedentes del procedimiento, es decir, antes del 21 de febrero de 2013, fecha en la que se habrían cumplido los 2 años.

Que, el Auto Administrativo de Diligencias Preliminares a efecto de organizar y reunir todas las actuaciones preliminares necesarias, que permita identificar a las personas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación de procedimiento, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso, así como todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes para comprobar de modo fehaciente, la existencia y veracidad de las supuestas infracciones, a través del cual se requirió al IBCH en fecha 15 de febrero de 2013, la siguiente documentación:

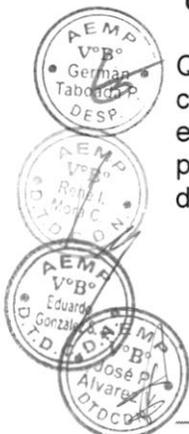
- **Copia Legalizada del Acta N° 78 de Reunión de Directorio de 21 de febrero de 2011.**
- Copia Legalizada de las Actas de Reunión de Directorio suscritas en el periodo comprendido entre las gestiones 2009 al 2012.
- Estados Financieros con cierre a diciembre del año 2012.
- Estatutos de constitución del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón.
- Cronograma de recepción de información proporcionada por las empresas cementeras dentro el periodo comprendido entre las gestiones 2009 al 2012.

Que, como puede observarse, la AEMP una vez identificada la posible infracción, decidió iniciar el procedimiento administrativo ante la existencia de prácticas anticompetitivas, disponiendo el inicio de diligencias preliminares en fecha 15 de febrero de 2013. En este sentido, claramente es posible afirmar que no transcurrieron dos años después de conocido el hecho hasta que se dio inicio al procedimiento administrativo y se puso en conocimiento del mismo al IBCH, por consiguiente, no se ha operado la prescripción por haberse interrumpido la misma.

c. Incompetencia de la AEMP.-

Que, otro de los argumentos del IBCH se encuentra sustentado en una supuesta carencia de competencia por parte de la AEMP de iniciar un procedimiento administrador en su contra, al encontrarse la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 que da origen al procedimiento administrativo iniciado en su contra, pendiente de resolución ante el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, todo esto bajo los siguientes argumentos:

17. De la revisión del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE/No.046/2013, se logra advertir que la AEMP ha procedido a sancionar a las empresas cementeras (asociadas del IBCH) SOBOCE, FANCESA, COBOCE e ITACAMBA por haber incurrido, presuntamente, en la comisión de prácticas anticompetitivas absolutas,



enmarcadas en el Art. 10 del D.S. No. 29519. En consecuencia y de acuerdo al Art. 6 de la Ley 2341, existe conflicto de competencias con el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural y la AEMP.

18. El IBCH, por medio de la prensa nacional, sabe que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/115/2012, ha sido objeto de recursos de Revocatoria y Jerárquico. Esto quiere decir entonces, que dicha Resolución está **pendiente de resolución definitiva y ejecución** y por tanto, al encontrarse en sede administrativa, la AEMP no puede iniciar proceso administrativo al IBCH, pues se hallan en estado de resolución dos actos jurídicos:

a) Que adquiera calidad de cosa juzgada la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/115/2012, en tanto, entendemos que dicha Resolución se halla radicada ante la Autoridad Jerárquica, quien debe aún dictar su resolución.

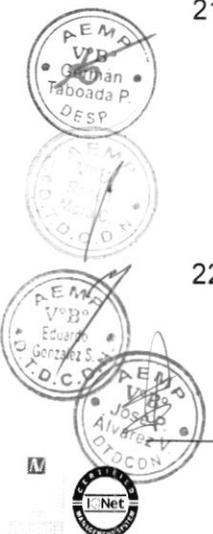
b) De acuerdo al D.S. N° 27175, el depósito de las respectivas multas -realizado por las empresas cementeras- sólo constituye el medio de habilitación para la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico. Esto supone que el proceso emergente de la RESOLUCIÓN RA/AEMP/DTDCDN/115/2012, está bajo la competencia en objeto, causa y materia, en el Ministerio que ejerce tuición conforme al D.S. N°0071/2009. Por consiguiente, su Autoridad debe suspender el proceso contra el IBCH, porque existe un fallo pendiente en instancia superior (Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural).

19. El Art. 6 (CONFLICTOS DE COMPETENCIA) de la Ley N° 2341, dispone: I. La autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, podrá pronunciarse respecto a su competencia para conocer un asunto. II. Los conflictos por razón de competencia entre autoridades administrativas serán resueltos por la autoridad que corresponda conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública.

20. Por su parte, el D.S. N° 27175 dispone: *Artículo 8.- (Conflictos de Competencia). I. Los Superintendentes del SIREFI, de oficio o a petición de parte, podrán pronunciarse respecto a su competencia para conocer un determinado asunto. (. . .)*

21. El IBCH pide por tanto a la AEMP, emitir la respectiva resolución respecto a su competencia con referencia a los (4) cuatro recursos jerárquicos emergentes de la RESOLUCIÓN RA/AEMP/DTDCDN°115/2012, que es vinculante en contenido a la notificación con cargos al IBCH (Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/No. 041/2013 de fecha 17 de mayo 2013). Y en consecuencia, defina su competencia y deje en efecto suspensivo la Resolución señalada hasta que la Autoridad Jerárquica se pronuncie.

22. En tal sentido, al amparo de las normas citadas, previa resolución su Autoridad deberá pronunciarse expresamente sobre su competencia y evitar nulidades posteriores que perjudiquen actos administrativos ya emitidos y garantizar el "debido proceso".



Que, la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, declara probada la comisión de Conductas Anticompetitivas Absolutas, descritas en el artículo 10, párrafo I, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, por parte de SOBOCE S.A., COBOCE LTDA., FANCESA e ITACAMBA CEMENTO S.A. en lo que corresponde.

Que, de acuerdo a lo señalado por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, se inició procedimiento administrativo sancionador en contra del IBCH por la presunta obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., COBOCE LTDA., FANCESA e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP como se señala en el párrafo anterior.

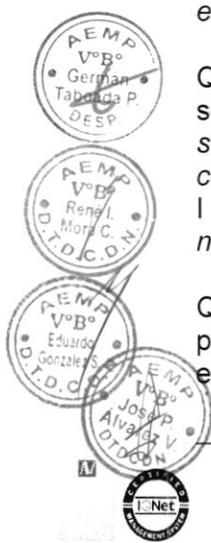
Que, respecto a la validez y eficacia de los actos administrativos el artículo 32 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 24 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175 establece que: "I. Los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación" [...] "II. La eficacia del acto quedará suspendida cuando así lo señale su contenido".

Que, por lo precedentemente expuesto, una vez notificada la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, la misma es válida y produce efectos jurídicos, salvo que el acto hubiese quedado suspendido, caso que no concurre al presente. Este criterio se halla respaldado por el artículo 23 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175 que señala: "La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el artículo 40 del presente Reglamento", artículo que establece como salvedad la existencia de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, los cuales no fueron acreditados por los posibles afectados.

Que, el artículo 55 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las resoluciones definitivas de la Administración Pública, una vez notificadas, serán ejecutivas y la Administración Pública podrá proceder a su ejecución forzosa por medio de los órganos competentes en cada caso. Adicionalmente, el citado artículo señala que "la Administración Pública ejecutará por si misma sus propios actos administrativos conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa...".

Que, asimismo el artículo 69 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175 señala en su párrafo II que: "La interposición de los recursos administrativos... no suspenderán la ejecución de la misma, por tal efecto devolutivo con el que deben ser concedidos...". Finalmente, el Decreto Supremo N° 27113 señala en su artículo 49 párrafo I que: "El acto administrativo es obligatorio y exigible a partir del día siguiente hábil al de su notificación o publicación".

Que, por todos los argumentos descritos en la normativa aplicable vigente, citados precedentemente, es posible establecer que la AEMP, se encuentra plenamente facultada a exigir el cumplimiento de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, sin



necesidad de esperar la resolución de los recursos administrativos que se hubiesen interpuesto en su contra.

Que, por otra parte, el inicio del procedimiento sancionador en contra del IBCH no se halla condicionado a ningún otro acto administrativo, como se observó anteriormente, la AEMP declaró probada la comisión de las conductas anticompetitivas por parte de las empresas cementeras, lo cual es suficiente para iniciar investigaciones respecto a aquellos agentes económicos que hubiesen participado y facilitado la comisión de dichas prácticas anticompetitivas, como en el presente caso por haber obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras, que derivaron en la comisión de las prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519.

Que, por lo expuesto precedentemente, al no ser necesaria la existencia de una resolución de recurso alguno para que la resolución recurrida surta efectos jurídicos y sea exigible, se establece que la AEMP posee plena competencia para iniciar el procedimiento sancionador correspondiente en contra del IBCH por las causales descritas en antecedentes.

d. Anulabilidad y Nulidad.-

Que sobre estos puntos, el IBCH argumenta lo siguiente:

23. Como lo hicimos notar en nuestro memorial presentado el 10 de junio pasado, en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, la AEMP hace referencia a actos administrativos de los cuales el IBCH desconoce su contenido técnico y jurídico y no le permite al Instituto asumir defensa de forma apropiada; tal el caso del acto administrativo RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de fecha 23 de noviembre 2012, que sólo se transcribe en su parte Resolutiva y cuyo contenido no nos fue notificado.
24. Hicimos notar igualmente, que la Resolución Administrativa RA/AEMP/ DTDCDN/N° 041/2013, hace referencia al Acta No. 03/2001 de 03 agosto 2001, al Acta N° 07/2001 de 14 diciembre de 2001 y al Acta No. 09/2002 de 22 de febrero de 2002, que corresponden a reuniones realizadas por FANCESA, de la cuales el IBCH también desconoce su contenido -en tanto se trata de actos de un asociado -que tiene personalidad jurídica distinta- y no puede por tanto asumir defensa sobre ellos.
25. La indefensión que por esa omisión se nos ha causado es evidente, ya que no ha tenido lugar un requisito esencial, previsto por las normas aplicables, precisamente para precautelar que no se violen derechos subjetivos de los interesados, como lo hemos alegado antes en este procedimiento sancionatorio.
26. La Resolución RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 se dictó violando preceptos constitucionales que resguardan las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y la irretroactividad de la ley, así como los derechos a la propia imagen. Es por eso, que dicha Resolución es nula de pleno derecho conforme al artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero además es anulable, conforme al artículo 36 de la misma Ley.





- 27. La Resolución RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 es nula y anulable porque al iniciar el procedimiento sancionador contra el IBCH -acusándolo de la presunta comisión de prácticas anticompetitivas-, con el respaldo de documentos que el IBCH desconoce y a los cuales no tuvo acceso, como las actas de Directorio de FANCESA y la RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, la AEMP incurre en las causas detalladas en los incisos e) y d) del párrafo 1 del artículo 35 y en el párrafo 1 del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Esta acción genera un estado de indefensión para el Instituto pues no le permite asumir defensa de forma apropiada ni efectuar descargos plenamente, y se vulnera su derecho al debido proceso, la presunción de inocencia, a la defensa y el principio de irretroactividad de la norma.
- 28. Cabe recalcar que en nuestro memorial presentado el 10 de junio pasado el IBCH, invocando los incisos c), d) y e) del párrafo 1 del Artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, solicitó a la AEMP, con el objeto de evitar nulidades y anulabilidades posteriores que contravengan la Constitución Política del Estado, subsanar y sanear el procedimiento y que se le notifique con los documentos citados en el párrafo precedente.
- 29. Toda vez que la AEMP no ha subsanado los vicios anotados que dan lugar a la nulidad del proceso, ni convalidado ninguna de las causales anulabilidad, conforme lo establece el párrafo I del artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el IBCH se reserva el derecho de invocar esas nulidades y anulabilidades en los recursos administrativos que prevé la ley, de acuerdo a lo establecido en el párrafo IV del Artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que, mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, la AEMP, dispuso el inicio del procedimiento sancionador en contra del IBCH por la presunta obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Que, conforme al procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia, la AEMP se encuentra facultada a otorgar al presunto infractor, un plazo no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos para que presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo. En este sentido, para la presentación de descargos a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, se otorgó al IBCH un plazo de diez (10) días hábiles administrativos dentro el marco previsto.

Que, la resolución de inicio de procedimiento sancionador, fue notificada al IBCH en fecha 23 de mayo de 2013. En atención al acto administrativo notificado, el IBCH mediante nota de 29 de mayo de 2013, solicitó ampliación de plazo de quince (15) días adicionales, para dar respuesta a la citada resolución. Sin embargo, al no contemplarse en el procedimiento administrativo una ampliación del plazo para presentar descargos, el plazo inicial de diez (10) días hábiles administrativos, fue extendido por cinco (5) días mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N° 0545/2013 de 31 de mayo de 2013, haciendo un total de (15) días





hábiles administrativos que es el máximo legal permitido. **Corresponde hacer notar que durante la tramitación de todo el proceso sancionador, ningún personero del IBCH se constituyó en la sede de la AEMP a efecto de revisar los antecedentes del caso.**

Que, mediante nota de 05 de junio de 2013, el IBCH solicitó copia simple del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE N° 046/2013 y del Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC N° 047/2013, los cuales fueron entregados con la nota de atención AEMP/DESP/DTDCDN/N° 0608/2013.

Que, mediante memorial de 10 de junio de 2013, el IBCH expone supuestos agravios al señalar que no habría tenido conocimiento de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, así como las Actas N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001, N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001 y N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002, y que por tanto, no podía asumir defensa al encontrarse en estado de indefensión. En este sentido, el IBCH solicitó con el fin de evitar nulidades posteriores, le sean notificados los citados documentos, y le sea ampliado el plazo para presentar descargos.

Que, en su petición el IBCH omite señalar un domicilio procesal en su primera actuación conforme exige el artículo 28, parágrafo I, del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 del Ministerio de Producción y Microempresa de 29 de mayo de 2008. Sin embargo, en aplicación del Principio de Impulso de Oficio descrito en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, fueron puestos en su conocimiento los documentos solicitados en la Zona de Obrajes, Av. 14 de Septiembre N° 6237 con el proveído de 12 de junio de 2013, señalando lo siguiente:

*"En atención al memorial de referencia, conforme establece el artículo 29 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190 del Ministerio de Producción y Microempresa, **Los agentes económicos que intervengan en el procedimiento y aquellos que acrediten un derecho subjetivo o interés legítimo y que se relacione con el procedimiento en el que intervienen o con el derecho o interés que invocan, tendrán acceso a la documentación cursante en el ente regulador. Podrán obtener a su costa, mediante petición escrita, certificados y copias legalizadas o simples. El expediente podrá ser examinado, salvo aquella información que el ente regulador califique como confidencial.**"*

*Por lo expuesto precedentemente, el IBCH al ser parte del proceso sancionador iniciado por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 y conforme permite el procedimiento aplicable, se encuentra en la facultad de examinar los antecedentes del caso y asimismo requerir a este ente regulador la documentación que considere pertinente. **No obstante, hasta la fecha el IBCH no se constituyó en el ente regulador a efecto de revisar los antecedentes.** Asimismo, no cursan en la AEMP requerimientos de información por parte del IBCH a excepción de la nota de fecha nota Cite: GG/105/2013 de 05 de junio de 2013 atendida por la AEMP mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N° 0608/2013 de 07 de junio de 2013, y el memorial objeto del presente acto administrativo, en atención del cual se adjuntan los siguientes documentos:*



- Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCN/N° 0115/2012.
- Acta N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001.
- Acta N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001.
- Acta N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002.

En lo que refiere a su solicitud de ampliación de plazo, y considerando lo anteriormente señalado, estese al procedimiento descrito por el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190."

Que, como puede observarse además de remitir la documentación solicitada, la AEMP recuerda al IBCH la facultad que posee, de acceder a toda la documentación que comprende los antecedentes del caso. Asimismo con relación a la ampliación de plazo para la presentación de descargos, se le solicita al IBCH remitirse al procedimiento aplicable en Regulación de la Competencia.

Que, el IBCH invoca los incisos c), d) y e) del artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y señala la supuesta existencia de nulidad, sin embargo, no fundamenta cual es la relación existente entre tales incisos con el hecho realizado que permitan demostrar la existencia de la nulidad invocada, es decir, no adecúa el supuesto fáctico al presupuesto legal que señala en su argumento. De igual forma, la anulabilidad con que advierte el IBCH no posee asidero jurídico o factico a ser analizado, por lo que se establece la inexistencia de causales de nulidad o anulabilidad en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Que, a través de su memorial de descargos de fecha 14 de junio de 2013, como se transcribió *in extenso* al comenzar el presente apartado, el IBCH señaló que la AEMP habría incurrido en causales de nulidad y anulabilidad al no haber tenido acceso a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCN/N° 0115/2012; Acta N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001; Acta N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001; Acta N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002, todo esto sin observar que el procedimiento le faculta acceder a la documentación en cualquier momento del proceso sancionador, facultad que no fue ejercida por el interesado.

Que, asimismo, a través del proveído de 17 de junio de 2013 emitido en respuesta al memorial de descargos de 14 de junio presentado por el IBCH, la AEMP, recuerda al IBCH lo siguiente:

"A lo principal. Se tienen por presentados los descargos del IBCH dentro del proceso sancionador iniciado en su contra. Asimismo, los argumentos expuestos así como la documentación presentada, serán considerados al momento de redactar la correspondiente Resolución, de conformidad al artículo 46, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo."

Que, de acuerdo a la disposición enunciada precedentemente, es facultad de la AEMP efectuar la valoración de los argumentos y prueba presentada al momento de emitir la Resolución Administrativa respectiva, lo cual permite al IBCH presentar argumentos incluso en término de prueba.



Que, mediante proveído de 17 de junio de 2013, la AEMP dispone la apertura de término de quince (15) días hábiles administrativos para la producción de prueba, dentro de los cuales el IBCH podía inclusive presentar mayores argumentos conforme le faculta el procedimiento administrativo. Sin embargo, el IBCH a través de su memorial de 17 de junio de 2013 señaló supuesta violación de garantías constitucionales, argumentando:

“El instituto conoce la facultad que le da la ley para conocer los antecedentes de un proceso que se inicie contra él o sobre el que tenga algún interés legítimo. Es por ello que se ha solicitado copias de los documentos, que resultan esenciales en este proceso, pues la autoridad se apoya en ellos para acusarnos. Lo inaudito es que tales documentos hayan sido puestos en nuestro conocimiento a solo pocas horas de que se venciera el plazo del IBCH para presentar descargos precisamente contra un Resolución Administrativa que los utiliza como fundamento.” [...]

“Debemos remarcar que, pese a que lo solicitamos expresamente, la AEMP no otorgó un plazo adicional al IBCH para preparar sus descargos una vez que conociera los documentos mencionados, con lo que la privación del derecho a la defensa fue completa”. [...]

“Sin embargo, la AEMP lejos de subsanar los vicios apuntados (que como hemos alertado pueden dar lugar a la nulidad del proceso), o convalidado alguna de las causales de nulidad, ha incurrido en la reiteración de la violación o garantías constitucionales fundamentales, como la garantía a la defensa y al debido proceso”.

“Por todo lo anterior, y conforme a los argumentos expuestos en nuestro memorial de fecha 10 de junio y al que contenía nuestros descargos, pedimos nuevamente a su Autoridad pronunciarse expresamente sobre los vicios acusados y subsanarlos para evitar que se sigan violando nuestros derechos y garantías procesales y constitucionales”.

Que, como puede evidenciarse de los párrafos transcritos del memorial de 17 de junio de 2013, es posible establecer que el IBCH reclama el tiempo que poseía para presentar sus descargos, pretendiendo que se amplíe al plazo de prueba en omisión del procedimiento legalmente establecido y atribuyendo su propia negligencia a la AEMP, a lo cual este ente regulador a través del Auto Administrativo de 26 de junio de 2013 respondió lo siguiente:

“Que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 que dio inicio al procedimiento sancionador contra el IBCH, fue debidamente notificada al IBCH en fecha 23 de mayo de 2013, entregándose una copia de la misma, evidenciándose que desde su notificación hasta el 05 de junio de 2013, fecha de presentación de su solicitud de fotocopias de los Informes AEMP/DTDCDN/EGS/RAE N° 046/2013 y AEMP/DTDCDN/RMC N° 047/2013, transcurrieron trece (13) días calendario, es decir, ocho (8) días hábiles administrativos dentro los cuales ningún funcionario del IBCH se apersonó al ente regulador a efecto de revisar los antecedentes del procedimiento sancionador iniciado en su contra, ni requirieron, en ese plazo, fotocopias de los antecedentes que componen el mismo.





Asimismo, desde el mismo día de notificación realizada el 23 de mayo de 2013, hasta el 10 de junio de 2013, fecha en la que presentó su solicitud de fotocopias de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 y de las Actas de Directorio de FANCESA N° 03/2001, N° 07/2001 y N° 09/2002, el IBCH dejó transcurrir dieciocho (18) días calendario, u once (11) días hábiles administrativos, **sin que hubieran solicitado fotocopias de dichos documentos ni se hubiera apersonado físicamente a las oficinas de este ente regulador a efecto de revisar los antecedentes del citado procedimiento sancionador.**

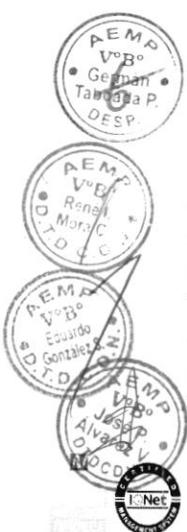
Que la solicitud de fotocopias de fecha 10 de junio de 2013 realizada por el IBCH, fue atendida y autorizada mediante proveído notificado en fecha 14 de junio de 2013, en aplicación del principio de impulso de oficio, previsto en el artículo 4, inciso n) de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, **ya que el IBCH no señaló domicilio procesal tal como requiere el artículo 28, parágrafos I y II de la Resolución Ministerial N° 190 que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519.**

Que asimismo, se evidencia que la **Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 notificada al IBCH, transcribe en su tenor las partes pertinentes de los documentos que ha requerido**, es decir, de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012 de 23 de noviembre de 2012 y de las Actas de Reunión de Directorio de Fancesa N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001, N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001 y N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002, a efecto de que el IBCH tome conocimiento de su contenido y emita los descargos pertinentes, con lo cual se establece que la AEMP dio cumplimiento al procedimiento legalmente establecido en resguardo del debido proceso y del derecho a la defensa.

Que en consecuencia, resulta carente de todo sustento que el IBCH señale una presunta violación de sus garantías constitucionales por parte de la AEMP, **cuando oportunamente tuvo conocimiento del contenido de los documentos que requiere y cuando la falta de obtención de fotocopias responde a la propia negligencia y pasividad del IBCH por no haberse apersonado a revisar los antecedentes o no efectuar su requerimiento anticipadamente.**

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, y en aplicación del artículo 46, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, **en cualquier momento del procedimiento, el IBCH podrá formular argumentaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución”.**

Que, como puede observarse, la AEMP ha dado oportuna respuesta a los supuestos vicios de nulidad y anulabilidad planteados por el IBCH, extendiendo fotocopias de los documentos solicitados y asimismo ha hecho notar al IBCH que puede en cualquier momento del procedimiento formular argumentaciones y aportar documentos, que de igual forma serían tomados en cuenta por la AEMP. En este sentido, se consideran al efecto los 15 días hábiles administrativos otorgados por la AEMP para la producción de pruebas dispuesto mediante proveído de 17 de junio de 2013 y la ampliación de este término conforme a procedimiento, a través del proveído de 17 de julio de 2013.





Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, se hace notar que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2013, al ser una Resolución de carácter definitivo, conforme establece el artículo 22, parágrafo III, del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, fue publicada en la página web de la AEMP desde la fecha de su emisión. Lo cual, deja entrever la negligencia con la que el IBCH asumió defensa dentro el presente procedimiento sancionador, buscando encontrar de manera forzada supuestos vicios procesales en lugar de atender al fondo del asunto como se puede observar del análisis contenido en el presente procedimiento sancionador.

Que, revisada la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia, no existe disposición legal expresa que determine la obligación del ente administrativo de remitir toda la documentación señalada en el acto administrativo que da inicio al procedimiento sancionador, tal como pretendía el IBCH al observar que no le fueron notificadas las Actas de Reunión de Directorio de Fancesa N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001, N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001 y N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002. Este hecho no constituye causal de nulidad menos anulabilidad, porque no está así previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, y porque la AEMP le ha notificado con la Resolución de cargos la misma que contiene transcritos los documentos que el IBCH considera necesarios a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa, precautelando la garantía del debido proceso. Por otra parte, se evidencia que las actas solicitadas pertenecen a uno de sus afiliados, consiguientemente, pudo haberlas obtenido del mismo, demostrando una vez más la actitud negligente con la que actuó en este proceso.

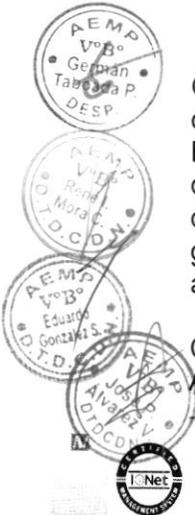
Que, mediante memorial de 27 de junio de 2013, el IBCH solicitó el desglose de documentación, la cual fue aceptada mediante memorial de 01 de julio de 2013, sin embargo hasta la fecha el IBCH no se apersonó a la AEMP a efecto de recoger el citado documento, dejando entrever de igual forma la negligencia y desinterés por revisar los antecedentes del procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra.

Que, por último, las causales de nulidad y anulabilidad descritas en el artículo 35, parágrafo I, y 36 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, conforme lo analizado precedentemente, no concurren en el presente caso al haberse aplicado de manera estricta el procedimiento descrito por el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519.

e. Debido Proceso.-

Que, otro de los argumentos señalados por el IBCH, consiste en que las actas de Directorio de FANCESA y la RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, no le fueron entregados junto con la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, por lo que la AEMP habría incurrido en las causas detalladas en los incisos e) y d) del parágrafo 1 del artículo 35 y en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo generando estado de indefensión para el IBCH pues no le permite asumir defensa de forma apropiada ni efectuar descargos plenamente, y se vulnera su derecho al debido proceso.

Que, respecto al debido proceso, Ismael Farrando citando al tratadista de Derecho Administrativo Gordillo señala: *"este derecho no puede convertirse en un mero ritualismo"*





inútil, en el cumplimiento obligado y a desgano de una formalidad, sino que debe constituir una verdadera participación y protagonismo del interesado en el ejercicio de sus derechos".⁴⁵ Es decir, este principio debe respaldar la actividad del interesado en el sentido de no constituirse únicamente en un derecho sino en que este derecho sea ejercido de forma activa dentro el proceso. Ahora, para conocer el alcance de este derecho de una forma precisa, el mismo autor citado anteriormente señala:

"Básicamente, podemos distinguir cuatro aspectos de este derecho: a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a intervenir en su producción y a una decisión fundada"...

"a) El derecho a ser oído se traduce esencialmente en la posibilidad de formular descargo, verter argumentaciones y tener un acceso irrestricto a la totalidad de las actuaciones"...

"b) En cuanto al ofrecimiento y producción de prueba, cabe decir que toda la prueba relativa al derecho del interesado y que no sea manifiestamente improcedente debe ser sustanciada. Asimismo, tiene derecho a intervenir en las diligencias donde se concrete, asistiendo a las audiencias, las constataciones, etc."...

"c) La decisión debe ser fundada, en el sentido de que debe contener un pormenorizado análisis de los argumentos vertidos y de las pruebas rendidas, exista o no fundamentación en derecho."⁴⁶

Que, considerando los parámetros precedentemente establecidos en relación al debido proceso y revisado el proceso tramitado a cargo de la AEMP en contra del IBCH, se tiene que la AEMP le ha dado oportunidad para que formule descargos, aporte prueba, revise antecedentes, solicite fotocopias, etc. De igual forma ha respondido todas y cada una de las peticiones de forma fundada y dentro el marco normativo de defensa de la competencia.

Que, en cuanto a que no se le puso en conocimiento de forma específica, los hechos que habrían motivado los cargos establecidos en su contra, cabe señalar que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013 de 17 de mayo de 2013, en su parte conclusiva, luego de realizar el análisis contenido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE Nº 046/2013 de 16 de mayo de 2013 y el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC Nº 047/2013 de 17 de mayo de 2013, que valoran la documentación obtenida hasta entonces así como la conducta del IBCH descrita en antecedentes, establece claramente que la conducta anticompetitivas en las que posiblemente se habría incurrido, son las siguientes:

- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo Nº 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento

⁴⁵ Ismael Farrando y Patricia R. Martinez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.599.

⁴⁶ Ismael Farrando y Patricia R. Martinez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.599.



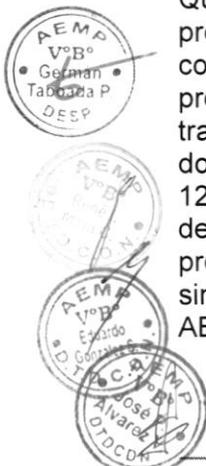


de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Como puede apreciarse, la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 describe tres situaciones en las que el IBCH habría participado, específicamente en lo que refiere a la obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, las cuales habrían tenido como efecto la fijación de los precios del cemento; asimismo la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de éstas y que habría tenido como efecto la limitación o restricción a la distribución y comercialización del cemento y finalmente la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de las empresas cementeras y que habría tenido como objeto la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado del cemento. Cargos contra los que el IBCH debía presentar sus descargos.

Que, por lo expuesto anteriormente, se establece que la AEMP no ha vulnerado el debido proceso como equivocadamente afirma el IBCH, y por otra parte, el ente regulador, puso en conocimiento de esta empresa todos los hechos y actos que contienen los cargos por presuntas prácticas anticompetitivas, los cuales se hallan descritos en su parte pertinente a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013. Por otra parte, los documentos que solicitó el IBCH fueron puestos en su conocimiento a través del proveído de 12 de junio de 2013, cuya valoración podía ser argumentada y presentada por el IBCH dentro de los veinticinco (25) días hábiles administrativos que comprendió el periodo de producción de prueba, que habría sido analizada por el ente regulador de manera oportuna, sin embargo, el IBCH no ejerció debidamente su derecho y de forma tergiversada acusa a la AEMP como responsable de su propia negligencia.



0741



f. Valoración de la prueba.-

Que, el artículo 23 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, señala: “La autoridad podrá rechazar las pruebas que a su juicio sean manifiestamente improcedentes o innecesarias”. Asimismo, la citada disposición establece que: “Las pruebas serán valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica”, estos criterios son respaldados por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 47.

Que, asimismo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0275/2012 de 04 de junio 2012, establece que la Resolución definitiva debe contener la valoración de toda aquella documentación presentada por el administrado en este caso, esta valoración debe regirse por el principio de la sana crítica, el cual es descrito por la misma Sentencia de la siguiente forma:

Según la enseñanza de Savigny: “La sentencia es un todo único e inseparable; entre los fundamentos y lo dispositivo media una relación tan estrecha que unos y otros no pueden ser nunca desmembrados si no se desea desnaturalizar la unidad lógica y jurídica de la decisión”.

“...la sentencia comprende un proceso intelectual complejo, crítico, valorativo y de voluntad, que no está exento de una operación lógica coherente. La combinación de estos elementos nos da como resultado la posibilidad de identificar dos criterios que podríamos considerarlos como los fundamentos para una debida motivación de las resoluciones judiciales. En otras palabras, **en una decisión bien motivada han de concurrir necesaria y complementariamente lo que podríamos denominar un criterio de verdad y uno de validez**”.

El jurista argentino, Agustín Gordillo, en su Tratado de Derecho Administrativo, al referirse a los caracteres y requisitos que deben reunir las decisiones administrativas ha expresado: “...**no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos....** El acto debe resolver todas las peticiones formuladas (...) o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto todas las legislaciones y la doctrina son uniformes”.

Los tratadistas Ossorio y Florit afirman lo siguiente: “**Frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema de la sana crítica que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma**”. De la misma forma Eduardo Couture, asevera que: “**el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad**”.

“No basta la simple cita de preceptos legales, en una resolución para considerar motivada ésta, sino que es preciso que se expongan las argumentaciones pertinentes que conduzcan a establecer la decisión correspondiente”. En este sentido, José María Asencio, refiriéndose a la motivación de la sentencia en la legislación española, manifiesta que: “**en el relato fáctico no sólo debe incorporarse la narración de los hechos y la enumeración de las pruebas, sino también los motivos y**



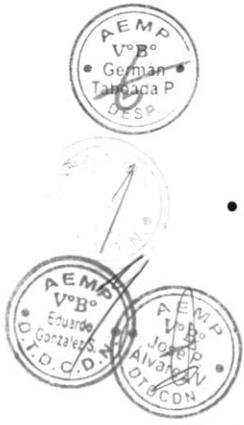


razonamientos que han conducido al juez a dictar su fallo". "La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión (...) En definitiva, la motivación de la sentencia es la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad, es decir, que el razonamiento carezca de todo fundamento o bien sea erróneo".

"Ni la sentencia puede pronunciarse sobre materia distinta, ni puede dejar de hacerlo respecto de cualesquiera de las cuestiones que lo integran (citra o mínima, extra y ultra petita), en virtud de la mutatio libelli". **(Las negrillas son nuestras)**

Que, como puede apreciarse del análisis realizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, la AEMP no puede pronunciarse sobre materia distinta, ni puede dejar de hacerlo respecto a cualquiera de las cuestiones que integran la materia objeto de análisis, como en el presente caso se ha señalado que el objetivo de los cargos establecidos en contra del IBCH es la obtención de ventajas y beneficios a favor de empresas que las aplicaron para la comisión de prácticas anticompetitivas. En este sentido, **con el fin de establecer la pertinencia o no de las pruebas presentadas por el IBCH durante el procedimiento sancionador**, a continuación se describe el objeto de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de notificación de cargos e inicio del procedimiento sancionador:

- Presunta obtención de beneficios o ventajas por parte del IBCH a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Presunta obtención de beneficios o ventajas por parte del IBCH a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Presunta obtención de beneficios o ventajas por parte del IBCH a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento





de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Que, por otra parte, respecto a la valoración de la prueba Ismael Farrando señala: *“En principio, todos los medios son aceptados, pero en un procedimiento determinado, todo depende de que guarden relación con los hechos discutidos y sean conducentes a la solución del conflicto”*⁴⁷

Que, una vez establecidos los lineamientos que permiten a la Autoridad realizar una correcta valoración de la prueba, corresponde hacer referencia a los argumentos expuestos por el IBCH en los memoriales de 5 de julio de 2013 y 31 de julio de 2013, los cuales son descritos a continuación en lo que refiere a valoraciones con criterio legal

Memorial recibido en fecha 15 de julio de 2013.-

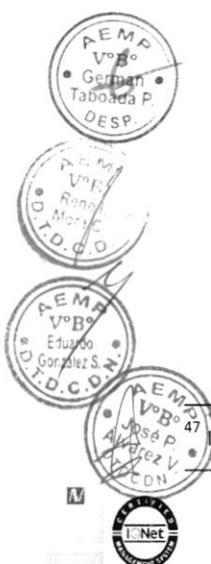
- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, el IBCH presentó documentos y expone hechos según los cuales se evidenciaría que ni la decisión de importación de clinker en los años 2010 y 2011, ni la propuesta de ITACAMBA de importar cemento para las empresas concreteras ni otros actos reputados por la AEMP como anticompetitivos, emergieron de un acuerdo colusorio, sino de la escasez de cemento y Clinker en el mercado, todo esto bajo los siguientes argumentos:

“Adjuntamos en calidad de prueba, documentos e información que reflejan la evidente crisis en el mercado por la escasez de Clinker en el país, y sobre la que el propio gobierno se pronunció (como consta en las notas de prensa adjuntas); y que prueban también que el parágrafo del Acta No. 78 del Directorio del IBCH, que objeta la AEMP ha sido descontextualizado, pues puede advertirse claramente que en el momento de su redacción existía una marcada escasez de cemento en el país y que por ello se habló de realizar una importación especial para las industrias hormigoneras, de manera que dichas industrias asumieran el costo adicional.”

“Las notas de prensa demuestran que las discusiones y propuestas de la Reunión de Directorio del IBCH, reflejadas en el Acta No. 78, no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser reputada como un acuerdo colusorio tendiente a producir conductas anticompetitivas como equivocadamente acusa la AEMP, pues está demostrado que las resoluciones tomadas por los asociados del Instituto responden a una coyuntura económica de claro desabastecimiento de cemento y a una necesidad (expresada incluso por el propio Gobierno) de importar Clinker y cemento.”

“Debajo del artículo principal se presenta una segunda nota, con el título. “Soboce prevee incrementar un 20% su producción este mes”. En líneas principales, esta nota señala: “este mes, la Sociedad Boliviana de Cemento (SOBOCE) prevé subir en 20% su producción de cemento. Para ello, emplea el cemento importado del Perú para fabricar hormigón...” Entonces, y como se conoció públicamente, SOBOCE utilizó el cemento importado del Perú en su planta de hormigón premezclado “Ready Mix”, y esto ha

Ismael Farrando y Patricia R. Martinez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.616.





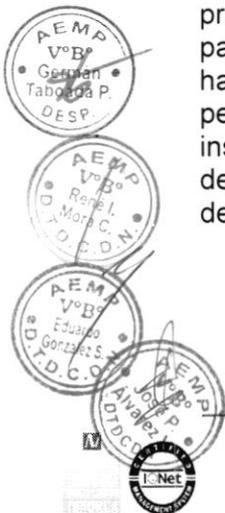
permitido contar con mayores cantidades de cemento para ofrecer al público, y es justamente lo que propuso analizar ITACAMBA en el Acta 78 del IBCH, oferta que, por lo demás nunca se realizó. No obstante, aunque se hubiese realizado, se trataba de una acción plenamente legal y que respondía a una circunstancia particular, reiteramos fue de conocimiento del Gobierno. Esta estrategia de uso de cemento importado en plantas de producción de hormigón no afecta al usuario y más bien es una solución para evitar la escasez de cemento. En este mismo artículo se explica la importación de Clinker por parte de SOBOCE. Queda por tanto claro que el Acta 78 no tiene la intención de fijar precios del cemento, como se ha descontextualizado, sino más bien proponer una estrategia para que se pueda contar con mayor cantidad de cemento en el mercado”.

Que, considerados los argumentos expuestos precedentemente, además de los documentos presentados, se establece que los mismos son impertinentes toda vez que la AEMP inició el procedimiento administrativo sancionador en contra del IBCH por la supuesta obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCSA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, las cuales habrían tenido como efecto la fijación de los precios del cemento; asimismo la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de éstas y que habría tenido como efecto la limitación o restricción a la distribución y comercialización del cemento y finalmente la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de las empresas cementeras y que habría tenido como objeto la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado del cemento.

Que, conocidos los cargos establecidos en su contra, el IBCH aportó prueba de las razones que motivaron a la importación de clinker y las ofertas propuestas por ITACAMBA CEMENTO S.A., lo cual resulta impertinente con relación a los cargos formulados en su contra, toda vez que no se cuestiona la importación de clinker o las propuestas comerciales que realicen las empresas cementeras que conforman el Directorio del IBCH. Lo reprochable de su conducta es el beneficio económico que obtienen las empresas cementeras a partir de los acuerdos que adoptan en las reuniones celebradas en el IBCH, producto de la información desagregada que les proporciona el mismo instituto. Acuerdos que fueron evidenciados en el proceso sancionador concluido mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012.

Que, a efecto de desvirtuar los cargos establecidos en contra del IBCH, este instituto debía presentar toda aquella prueba que considere pertinente a efecto de desacreditar su participación en la fijación de precios del cemento que de acuerdo al análisis de la AEMP se habría efectuado en reuniones de Directorio del IBCH. Asimismo, debía presentar la prueba pertinente que desvirtúe el hecho que la información procesada y desagregada por este instituto, no puede ser utilizada de instrumento a efecto de controlar la distribución de cuotas de mercado y asignación de territorios. Sin embargo, esta documentación no fue presentada dentro del presente procedimiento sancionador.

- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, el IBCH también **presenta documentos y expone hechos según los cuales supuestamente demuestra el carácter técnico de los objetivos del IBCH, bajo los siguientes argumentos:**





“Nos remitimos a la Escritura Pública No. 252/1997 que contiene la constitución del IBCH y sus estatutos, cuyo original fue presentado a la Autoridad en calidad de prueba, que reflejan con claridad los objetivos del IBCH, que es una asociación Civil sin fines de Lucro de carácter científico y académico, entre los que se hallan la promoción, realización y difusión de todo tipo de estudios sobre el cemento, sus derivados, su producción, elaboración, sus aplicaciones correctas, etc.”

“En cuanto al trabajo de asesoramiento técnico que brinda gratuitamente el IBCH, adjuntamos los siguientes Certificados en copias legalizadas que prueban que el instituto realiza sus actividades en total conformidad con sus objetivos y que estos son plenamente lícitos, tal como lo reconoció la autoridad administrativa que le otorgó su personalidad jurídica:

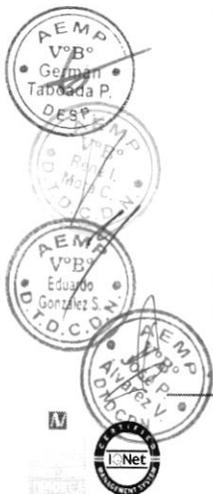
- *Certificado de la Administradora Boliviana de Carreteras, regional Santa Cruz.*
- *Certificado de la empresa Ecoviana.*
- *Certificado de la consultora CONNAL.*
- *Certificado de la consultora ACI.*
- *Certificado del Gobierno Autónomo Departamental de Santa Cruz.*
- *Certificado de SOBOCE.*
- *Copia del Acta de Recepción Definitiva del Contrato de “Asesoramiento Técnico en Pavimentos Rígidos y Mezclas con Ligantes Hidráulicos”.*

Que, los documentos descritos precedentemente respaldan una serie de trabajos realizados para distintas instituciones públicas y privadas, sin embargo, no explica cómo es que los certificados le otorgan la calidad de licitas a las actuaciones que desarrolla el IBCH o que demuestren que no participó ni facilitó la comisión de las prácticas anticompetitivas sancionadas.

Que, la obtención de la personalidad jurídica por el IBCH así como la extensión de certificados en su favor por el trabajo realizado, no implican de ninguna forma que este instituto no haya colaborado en la obtención de beneficios o ventajas a favor de empresas cementeras cuya conducta fue declarada anticompetitiva. Para la investigación y determinación de esta tarea, se tiene por competente a la AEMP, quien debe establecer la licitud o no de una conducta en materia de Defensa de la Competencia.

- **A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, el IBCH también presenta documentos y hechos según los cuales supuestamente demuestra que la producción de estadísticas constituye un objeto lícito y necesario para el país, bajo los siguientes argumentos:**

“Como lo demostramos en el memorial de descargos, al que adjuntamos la Escritura de Constitución del IBCH, junto con sus estatutos (prueba que ratificamos en sus integridad), uno de los objetivos principales del IBCH es “recolectar información estadística sobre la industria del cemento y sus derivados”, actividad que por sí sola no constituye ningún ilícito” [...]





“Con todo esto demostramos que la AEMP se equivoca al pretender reputar, como una práctica anticompetitiva, la publicación estadística de información del IBCH”.

Que, con relación a este argumento, corresponde señalar que, si bien el IBCH conforme a su escritura de constitución recolecta información estadística sobre el cemento y sus derivados, conducta que por sí misma no es ilícita, se establece que el uso de esta información, conocida de forma desagregada por cada miembro del Directorio, que dicho sea de paso se halla conformada por los Gerentes Generales o personas con poder de decisión de las empresas cementeras que realizaron prácticas anticompetitivas declaradas como tales el 2012, se torna ilícita al obtener tales beneficios y ventajas constituidas en información para sus afiliados quienes son competidores entre sí y no debieran tener acceso a la información de las otras empresas competidoras.

Que, según señala dicho instituto, la AEMP consideraría que la publicación de la información estadística realizada por el IBCH sería una práctica anticompetitiva por lo cual se inició el proceso sancionador en su contra. Sin embargo, cabe precisar que el cargo establecido consiste en que la publicación de la información estadística realizada por el IBCH se ha constituido en una ventaja y beneficio para las empresas cementeras en la comisión de prácticas anticompetitivas que ya fueron demostradas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 115/2012, en este sentido, el objeto del presente procedimiento sancionador es la participación del IBCH a través de sus publicaciones que facilitaron a las empresas cementeras la comisión de prácticas anticompetitivas.

Por tanto, resulta innecesario afirmar como descargo que los objetivos principales del instituto son lícitos, si es que en la realidad esta condición de licitud es susceptible de variación, tal como ocurrió en el presente caso al haberse probado que la información desagregada elaborada por el IBCH sirvió y fue útil para la comisión de prácticas anticompetitivas.

- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, **el IBCH también presenta otros aspectos supuestamente probados con el aporte de la escritura de constitución del IBCH y los demás documentos presentados.**

“Que ni el objeto principal del instituto ni sus objetivos particulares constituyen actividades comerciales propiamente dichas, y por ello su objetivo principal no es efectuar operaciones que pudieran reportarle ganancias económicas.”

“Que el IBCH carece de facultades para fijar precios, cantidades ofertadas y/o distribuir el mercado o para realizar los actos y actividades de monitoreo, enlace y coordinación típicas de un cartel”.

“Que ni el objeto del IBCH ni en general su estatuto orgánico, contienen disposiciones que podrían interpretarse como una intensión del IBCH de servir de instrumento de colusión”.

Que, respecto a los argumentos expuestos por el IBCH, en lo que refiere a su actividad y a los objetivos de dicho instituto, si bien es posible evidenciar que varias de sus actividades se adecúan a sus estatutos orgánicos, materialmente también fue posible identificar las ventajas





y beneficios obtenidos a partir de la información desagregada producida por el IBCH a favor de las empresas cementeras para la comisión de prácticas anticompetitivas, que son las siguientes:

- El análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web, **facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.**
- **Queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH.
- Queda demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.
- Las empresas **potenciales** competidoras no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH ya que no toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.
- La coordinación de las asociadas para fijar de precios de venta de producto, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519**, evidenciada en el Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH.
- Se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**
- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y al mismo tiempo permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de





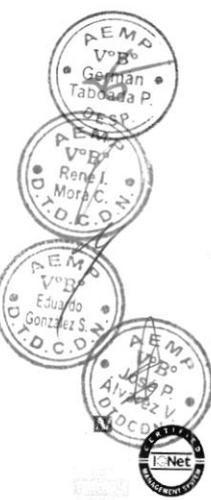
territorios de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**

- Los cuadros de *producción y ventas por Año* publicados en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.
- La información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitando de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas.**
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición de los gerentes de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión y restringe el acceso de nuevos competidores.
- La información publicada por el IBCH referida a la capacidad de producción ociosa de las empresas miembros del acuerdo colusorio, provoca un efecto disuasivo al ingreso de potenciales competidores y por lo tanto, constituye una "Barrera de entrada" al mercado del cemento.

Que, como puede evidenciarse de las conductas descritas anteriormente, si bien las mismas no se encuentran descritas en los estatutos orgánicos del IBCH, ni en documentos, certificaciones o noticias, se evidencia que las mismas se han visto reflejadas en la práctica de este instituto conforme se ha descrito en los puntos anteriores.

Que, de acuerdo al artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la actividad administrativa se rige por el "Principio de verdad material" que señala que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Que, respecto al principio de verdad material, Ismael Farrando explica:





“Este principio implica que la Administración, al resolver, debe ajustarse a los hechos reales, más allá de que hayan sido alegados y probados por el interesado” (Las negrillas son nuestras)

“Se opone así al principio de verdad formal, que rige en materia judicial, según el cual el juzgador, al resolver, debe ceñirse a las peticiones, los hechos y las pruebas esgrimidas por las partes. Como resalta Gordillo, el procedimiento y, por tanto su decisión, no dependen de la voluntad de las partes”

“El principio de la verdad material implica que la Administración tiene el derecho y el deber de reunir toda la prueba relativa al conocimiento real de los hechos sobre los cuales se debe resolver. Ello sin perjuicio de la atribución del interesado de aportar la que estime pertinente”.

“Así la Administración debe agotar los medios a su alcance para reunir toda la prueba que se relacione con el tema analizado”

Que, por lo expuesto precedentemente, los objetivos o actividades del IBCH establecidos en sus estatutos, en la realidad presentan distorsiones, toda vez que la información desagregada generada por el IBCH fue utilizada para realizar prácticas anticompetitivas entre las empresas cementeras. Esta situación se demuestra al mantener contacto las empresas cementeras a través de reuniones de Directorio del IBCH, reuniones a las que concurren las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. a través de sus Gerentes Generales y/o máximos ejecutivos con poder de decisión. Es decir que, al primar la verdad material, por sobre la verdad formal, la documentación presentada dentro el procedimiento sancionador no constituye una prueba que desvirtúe las reuniones que realizan los gerentes de las empresas cementeras en el IBCH con el objeto de acordar conductas consideradas anticompetitivas.

Memorial recibido en fecha 31 de julio de 2013.-

- A través de este memorial el IBCH presenta el detalle del cargo y el instrumento de designación de las personas que fungieron como Directores en el IBCH, durante la gestión 2001, así como durante las gestiones 2010 y 2011, además de los siguientes argumentos:

“Las conductas anticompetitivas establecidas en el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, cuya presunta comisión acusa la AEMP, son tales precisamente a partir de la publicación de dicha norma en la Gaceta Oficial de Bolivia N°3082 el 17 de abril de 2008. Por ello, y como lo venimos alertando, las conductas anticompetitivas contempladas en la referida norma, solo merecen sanción a partir del 17 de abril de 2008, momento a partir del cual esas conductas quedaron tipificadas como prácticas anticompetitivas por el Decreto Supremo N°29519, no antes, porque antes de esa fecha esa norma no puede regir, por un elemental principio de seguridad jurídica y de validez de las normas en el tiempo.”





“Al solicitar, en calidad de prueba, documentación correspondiente a gestiones que no están afectadas por la norma legal sobre la que basa su investigación la AEMP, esta vulnera la garantía de irretroactividad de la ley, protegida por la Constitución Política del Estado.”

“No es legalmente pertinente que la AEMP pida a una persona, el IBCH, con personalidad jurídica propia reconocida por el estado, es decir, con aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones (y que supone una individualidad que la distingue de las demás personas naturales o jurídicas), que le brinde información que le es completamente ajena y que corresponde a terceros. Hacemos notar a la AEMP que a pesar de ser asociadas del Instituto, las empresas tienen personalidad jurídica diferente, un objeto distinto y se rigen por sus propias normas y por sus propios órganos de administración”.

“Por tanto, la designación de los directores del IBCH no se refleja en un acto o Asamblea u otro órgano del propio Instituto, sino, como lo establecen los Estatutos, el instrumento de designación es un documento o comunicación privada, emitida por cada empresa asociada, que forma parte de la correspondencia dirigida al Instituto. Tal correspondencia es por ella privada, su inviolabilidad está reconocida por la Constitución Política del Estado.”

“Estos documentos prueban el cumplimiento de los objetivos del Instituto, regulado por los estatutos y demuestran también que la información estadística que publica el IBCH no puede considerarse sensible, sino por el contrario, que es necesaria y requerida por entidades públicas con fines informativos, estadísticos y de asesoramiento, entre otros fines completamente lícitos”.

Que, en lo que refiere a temas de prescripción corresponde hacer una remisión al análisis respectivo contenido en el inciso b) de la presente resolución administrativa, y con relación al cumplimiento de sus objetivos, remitirse al análisis de la valoración de la prueba aportada por el IBCH contenido en el punto referido al memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013.

- A través del memorial presentado en fecha 31 de julio de 2013, **el IBCH con relación a su estructura organizacional durante las gestiones 2001, 2010, 2011 y 2012, señaló lo siguiente:**

“En cuanto a la estructura organizacional del IBCH cuyo detalle nos pide la AEMP mediante Auto, debemos anotar que al solicitar información anterior que corresponde a gestiones que no están afectadas por la norma legal sobre la que basa su investigación la AEMP, esta viola nuevamente el principio de irretroactividad (además de ser la solicitud impertinente por no corresponder al objeto de este proceso).”

“Por otra parte, reiteramos que no contamos con la explicación ni fundamentación necesaria (exigidas por ley) para saber qué induce a su Autoridad a realizar esta solicitud y cuál es la conexión con este proceso”.



“No obstante hacemos conocer los datos solicitados correspondientes a las gestiones 2010, 2011 y 2012”.

Que, con relación a los argumentos expuestos precedentemente, corresponde realizar una remisión al análisis de la irretroactividad contenido en la presente Resolución Administrativa.

Que, la facultad para declarar la impertinencia o improcedencia de determinada documentación corresponde al ente regulador conforme al procedimiento. En este sentido, considerando que los indicios de la infracción corresponden al análisis histórico de la conducta tal como se señala en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013, no amerita mayor explicación como exige el IBCH. Sin embargo, esta situación representa un presunto ocultamiento de información, entorpecimiento de la investigación al obstaculizar la búsqueda de la verdad material por parte de la AEMP.

g. Nociones generales de la importancia de la Defensa de la Competencia y Marco normativo.

La Defensa de la Libre Competencia.

Que, el Derecho a la Libre Competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado.

Que, este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes.

Que, por lo expuesto anteriormente, es el Estado Plurinacional de Bolivia el encargado de velar por la Defensa de la Libre Competencia, y en este sentido a continuación se analiza la normativa nacional aplicable en la materia.

La Constitución Política del Estado.-

Que, antes del nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, ya se repudiaban los hechos que lleven a un monopolio, al ser atentatorios con el mercado y la economía nacional.

Que, en febrero de 2009 se promulgó, la vigente Constitución Política del Estado, dando nacimiento a un Estado como bien señala en su preámbulo:

“Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.



Que el artículo 1, de la Constitución Política del Estado señala:

“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Que, el Pluralismo económico es *“el sistema por el cual se acepta y se permite aseguramiento de las Formas De Propiedad y las Formas De Organización Económica Del Estado. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”*⁴⁸.

Que, según Quisbert, *“las formas de organización económica son modos de proceder de una asociación de personas y/o bienes afectados a la explotación debidamente reconocidos por el ordenamiento jurídico y regulado por un conjunto de normas jurídicas en función de determinados fines comunes, lícitos y de utilidad económica [...] las formas de organización económica tienen la obligación de: generar trabajo digno, contribuir a la erradicación de la pobreza, fortalecer la soberanía económica del país, proteger el medio ambiente y ejecutar el desarrollo”*⁴⁹.

Que, el pluralismo económico, otorga igualdad de condiciones a todas la formas organizaciones reconocidas, por la Constitución Política del Estado, por lo que ninguna empresa que detente posición de dominio, podrá hacer abuso de ello, mas al contrario se establece que las empresas deben fortalecer la soberanía económica del país, encontrando su límite en lo establecido por el artículo 312, parágrafos I y II de la misma Carta Magna que dispone:

“Toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país. No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado.

Todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza.”

Que la Constitución Política del Estado, tiene una posición respecto a la prohibición de monopolios u oligopolios privados en lo que refiere a la producción, dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, para lo cual el artículo 314 señala de manera expresa:

“Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios”.

⁴⁸ Quisbert, Ermo, Pluralismo Económico, La Paz, Bolivia, CED, 2010

⁴⁹ Quisbert, Ermo, Pluralismo Económico, La Paz, Bolivia, CED, 2010





Que, el precepto Constitucional citado precedentemente es una determinación, clara y efectiva para la Defensa de la Competencia en Bolivia, resguardando así, la libertad de poder competir en el mercado.

Atribuciones de la AEMP sobre la defensa de la Libre Competencia

Que, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, tiene por objeto regular la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado, provocando especulación en precios y cantidad a través de mecanismos adecuados a ser ejecutados por el Instituto Boliviano de Metrología - IBMETRO y la Superintendencia de Empresas (ahora, Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas - AEMP).

Que, el numeral 10 del artículo 11 del citado Decreto Supremo N° 29519, establece que se considera conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas en el caso del "establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones".

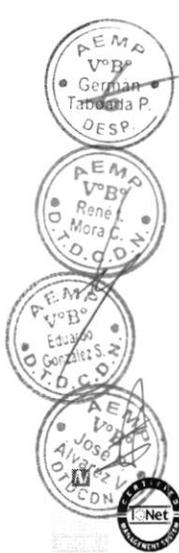
Que, el numeral 2 del artículo 16 del Decreto Supremo N° 29519, establece que la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) cuenta con la facultad de defender y promover la competencia en los mercados que no presenten características de monopolios naturales; y su numeral 3 del artículo 16, establece que cuenta con la facultad de regular, controlar y supervisar a las empresas, personas y entidades sujetas a su jurisdicción en lo relativo a prácticas anticompetitivas absolutas y relativas.

Que, el numeral 11 del artículo 16 del citado Decreto Supremo N° 29519, establece que la Superintendencia de Empresas (hoy AEMP) cuenta con la facultad de regular la competencia como un bien colectivo de interés público, promoviendo acciones para mejorar y ampliar la competencia de los bienes y servicios en los mercados.

Que, mediante el inciso f) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, se crea la AEMP, y su artículo 5 establece que es una institución pública técnica y operativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, supeditadas al Ministro cabeza de sector.

Que, los artículos 41 y 44 inciso a) del Decreto Supremo N° 0071, establecen que la AEMP fiscaliza, controla, supervisa y regula las actividades de las empresas en lo relativo al gobierno corporativo, **defensa de la competencia**, reestructuración de empresas y registro de comercio.

Que, la Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitida por el Ministerio de Producción y Microempresa (ahora, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural) aprueba el Reglamento de Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor de la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP), además, el artículo segundo de la norma



citada, establece que el ente regulador de empresas queda encargado del cumplimiento y ejecución del reglamento.

Que, el artículo 1 del citado Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que tiene por objeto cumplir lo previsto en la disposición adicional cuarta del Decreto Supremo N° 29519, de 16 de abril de 2008, de Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor, estableciendo el procedimiento administrativo en materia de regulación de la competencia a cargo de la AEMP.

Que, el artículo 09 del Reglamento de Regulación de la Competencia, señala que las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519, son infracciones que podrán ser consideradas de gravedad media y máxima, las mismas que, ante la evidencia de su ejecución por parte del o los agentes económicos involucrados bajo garantía del debido proceso, serán sancionadas con multa o con la suspensión definitiva o temporal de sus actividades y en su caso, con la Revocatoria de la Matrícula de Comercio, de acuerdo a evaluación económica y justificación legal en el marco de las disposiciones normativas en vigencia.

Que, el artículo 33, numeral 2 correspondiente a la aplicación de las sanciones, señala que el ente regulador se encuentra facultado a imponer multas a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa y sean de gravedad media, **así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventaja o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.**

Que, el párrafo I del artículo 15 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que las diligencias preliminares procederán de oficio o a denuncia. Además, en el párrafo III de su artículo 15, señala que el objeto de la diligencia preliminar será conocer, determinar y comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de conductas anticompetitivas absolutas o relativas.

Que, el inciso e) del párrafo III del artículo 15 de la misma norma, señala que el objeto de la diligencia preliminar será determinar si la supuesta práctica anticompetitiva afectaría el interés público y su artículo 16, establece que si la Superintendencia (ahora, AEMP) identifica por su cuenta un interés público y los indicios necesarios, podrá reiniciar de oficio el proceso.

El Interés Público.

Que, García de Enterría refiriéndose al interés público, señala que: "se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación"⁵⁰. Por otra parte, los conceptos jurídicos indeterminados como el Interés Público o General "no permiten en su aplicación

⁵⁰ García de Enterría, Eduardo. "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", Revista Española de Derecho Administrativo N° 89, 1996, pág. 69





una pluralidad de soluciones justas, sino solo una solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa “apreciación por juicios disyuntivos”⁵¹

Que, el interés público “es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada. Debido a que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, ha de ser concretado por la autoridad”⁵²

Que por lo anterior, es necesario considerar que la defensa de la libre competencia tiene como bien jurídico protegido la “libertad de competencia”, por otra parte dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contamos con normas que regulan el tema, como: la Constitución en su artículo 314 en la cual se prohíben monopolios, oligopolio privados, como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios, por otra parte, se cuenta con el Decreto Supremo N° 29519 en el cual se determina el objeto de la regular la competencia.

Que en ese sentido, el Interés General o Público a seguir en el caso en concreto, es el vivir bien de los consumidores y garantizar una libre competencia en el mercado relevante mediante regulaciones que impidan la constitución de monopolios privados o que empresas ejerzan abuso de su posición de dominio, todo esto con el fin de resguardar el vivir bien de la sociedad, ya sean agentes económicos competidores y no competidores del mismo mercado.

La Regulación:

Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, es necesario aclarar el alcance de la regulación, para lo cual nos remitimos al análisis doctrinal que señala:

Haciendo referencia a la Regulación: “En general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando este funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y – en algunos mercados asimétricos – proteger al consumidor. Así, pues, la regulación – en especial, la regulación económica – es por definición un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que deben reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir

⁵¹ Pág. 468. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; Tomo I, Duodécima Edición.

⁵² Pág. 134 -135; Huerta Ochoa, Carla. “El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional”, ensayo académico consultado en el website: www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf





estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea necesario, fijar los precios; en todo lo demás, abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos – como hace el mercado – para una más eficiente gestión de las empresas”⁵³.

“El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resulten esenciales para la vida y el bienestar de aquella. [...] En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación.”⁵⁴

“En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquella no exista) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural”...

“... conviene insistir en que la regulación no va a desaparecer. Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, será siempre necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra – mercado. Los supuestos que suelen citarse como “justificadores” de regulación son: externalidades (efectos negativos sobre terceros que no pueden ajustarse vía mercado), poder sobre el mercado (que hace la competencia ficticia o inexistente; el supuesto máximo de ello es el monopolio natural), supuestos de información asimétrica (cuando ambas partes están en posición completamente desigual a la hora de contratar en cuanto a las condiciones de la operación), supuestos de “destructive competition” (existencia de grandes inversiones no recuperables o “sunk costs”, en el caso de que entren nuevos operadores que les fuercen a abandonar el mercado; o de competencia en las condiciones de oferta que los demás operadores no pueden soportar...”⁵⁵

Que, de acuerdo al análisis doctrinal descrito precedentemente, se evidencia que la regulación comprende la restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, la cual es necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos, que en el presente caso de investigación involucra a los derechos de los potenciales productores de cemento y de los consumidores. En este sentido, la conducta del IBCH, al obtener beneficios y ventajas a favor de terceros como son las empresas cementeras, les ha facilitado la comisión de prácticas anticompetitivas, afectando el bienestar de la sociedad, por esta razón se ve la necesidad de proteger la libre competencia a través de criterios que regulen la actividad del IBCH, de forma que su actividad no represente una amenaza para los derechos o intereses

⁵³ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 616. Año 2004.

⁵⁴ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 617. Año 2004.

⁵⁵ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 619. Año 2004.





públicos, comunes, que no pueden verse satisfechos por el acuerdo colusorio de las empresas productoras de cemento.

CONSIDERANDO: (Con relación al Procedimiento Administrativo)

Que el procedimiento administrativo aplicado es el enmarcado en el Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitido por el Ministerio de Producción y Microempresa, el cual es específico para el procedimiento administrativo de defensa de la libre competencia.

Que, supletoriamente se cuenta con el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, como lo establece el artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190,⁵⁶ por lo que, por especialidad⁵⁷ se aplica el primero en todo lo que no sea contrario.

Que el inciso b) parágrafo I del Artículo 22 del Reglamento de Regulación de la Competencia, mencionado anteladamente, establece que la Resolución Administrativa que notifique con los cargos deberá contener el plazo, **no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos**, para que el presunto infractor presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo.

Que el artículo 23 del citado reglamento, establece un **plazo de prueba de quince (15) días hábiles administrativos**, además determina que éste podrá prorrogarse por motivos justificados, por una sola vez y por un plazo adicional de diez (10) días hábiles administrativos.

Que, de acuerdo al artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se tiene que, el ente regulador una vez concluido el término de prueba y dentro de los siguientes diez (10) días hábiles administrativos emitirá la Resolución Administrativa

⁵⁶ El artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190 establece que “son aplicables como normas supletorias, a los efectos de un procedimiento administrativo sancionador que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso, el Decreto Supremo N° 27175 Y el Decreto Supremo N° 27113”.

⁵⁷ Es importante tomar en cuenta, que la aplicación de la norma específica sobre la principal se realiza en sujeción del principio de especialidad, dicho criterio se utiliza ante la antinomia entre las normas que regulan una situación en particular. En este sentido, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, tiene como objeto regular la competencia y reconoce mecanismos adecuados a ser ejecutados por la Superintendencia de Empresas (ahora AEMP). Además, se establece en la Disposición Adicional Cuarta que el Ministerio de Producción y Microempresa elaborará el reglamento correspondiente sobre aquellos aspectos necesarios para su efectiva y correcta aplicación, por lo que, al ser la Defensa de la Libre Competencia una rama técnica y especializada se determinó un procedimiento administrativo específico para la satisfacción del interés general.

Como Miguel Marienhoff establece las “personas públicas -dice un tratadista- tienen un campo de actuación limitado por su *especialidad*”, de la misma forma, Juan Carlos Cassagne señala que el “Estado se halla limitado por el principio de la especialidad en cuya virtud no pueden los órganos realizar actividades que no estén relacionadas con el fin u objeto de la institución”, en ese sentido, la AEMP al contar con atribuciones técnicas y específicas debe contar con los medios adecuados y propios para ejercerlas.





correspondiente, ya sea sancionando o desestimando la sanción administrativa. Agrega que la Resolución Administrativa determinará:

- a) Si el o los investigados violaron las disposiciones en materia de promoción de competencia;
- b) De existir la violación, se señalará la obligación de cesar la conducta que se haya declarado como anticompetitiva; y
- c) Las sanciones de haber lugar a ellas, se aplicarán de conformidad a lo dispuesto en el capítulo IV del mismo Reglamento.

CONSIDERANDO: (Atribuciones de la AEMP para sancionar la comisión de prácticas anticompetitivas)

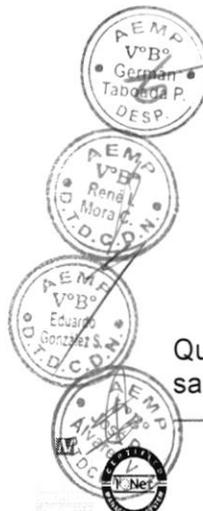
Que, el artículo 84 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece que vencido el término de prueba, la autoridad administrativa correspondiente en el plazo de diez (10) días emitirá resolución que imponga o desestime la sanción administrativa. Contra la resolución de referencia procederán los recursos administrativos previstos en la presente Ley.

Que, el artículo del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29519, establece que sin perjuicio de las acciones por responsabilidad penal que corresponda, los transgresores de las normas contenidas en el presente Decreto Supremo y demás disposiciones complementarias, serán pasibles a sanciones impuestas ya sea por la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) o por el Instituto Boliviano de Metrología, cuando corresponda.

Que, según el artículo 18 del Decreto Supremo N° 29519, las sanciones se calificarán por las autoridades competentes, en base a los criterios descritos en la misma norma y su artículo 19, señala que las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) y el IBMETRO como autoridades competentes, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:

- 1. Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad leve;
- 2. Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por las autoridades competentes, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad media;
- 3. Suspensión definitiva o temporal hasta un máximo de dos (2) años a personas naturales o jurídicas sujetas a fiscalización de las autoridades competentes, para aquellas infracciones, actos u omisiones calificadas con gravedad máxima;
- 4. Revocatoria de Matrícula de Comercio, de aquellas personas o entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Empresas, por infracciones, acciones u omisiones;
- 5. Prohibiciones y decomisos, para efectos de la aplicación de la normativa del IBMETRO.

Que, el párrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 29519, establece que las sanciones se aplicarán, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, dentro las





previsiones de los Artículos anteriores, mediante resolución motivada dictada por las Máximas Autoridades Ejecutivas y su artículo 22, dispone que se aplicará al presente régimen de sanciones, las disposiciones legales contenidas en la LPA y sus disposiciones complementarias.

Que, el artículo 3 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que la Superintendencia (ahora, AEMP) aplicará sanciones en el marco del presente Reglamento y los principios y garantías establecidos en la Ley N° 2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2004, previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción. Además, se prevé que las Resoluciones Administrativas mediante las que se impongan sanciones, deberán contener las consideraciones de orden técnico y jurídico, por las cuales se determinó imponer la sanción.

Que, el artículo 4 del citado Reglamento de Regulación de la Competencia, determina que las sanciones señaladas en el mismo son de carácter administrativo e independientes y distintas de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que, cuando corresponda y por mandato de la Ley, pudiera derivar de las infracciones a las leyes y disposiciones normativas relacionadas con el ámbito comercial. Y su artículo 5, señala que las multas previstas en él están denominadas en Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), sin embargo el pago de las mismas deberá ser realizado en moneda nacional de curso legal y corriente al tipo de cambio oficial, en la fecha de su pago.

CONSIDERANDO: (Subsunción de la Acción)

**PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS CONFORME LA
RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013**

**a. Art. 33 numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
(Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 - CARGOS)**

Que, en una primera instancia, la resolución de notificación de cargos, una vez realizado el análisis de la conducta del IBCH, observó que este instituto habría incurrido en la siguiente infracción:

Al artículo 33 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190, que de forma genérica con relación a las prácticas anticompetitivas establece el siguiente supuesto esencial; *“La aplicación de las sanciones, que la Superintendencia está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 29519, es la siguiente:”*.

Numeral 2.-

“Multa; Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa y sean de gravedad media, así como en los casos en los que



se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos; Esta sanción también se aplicará en los casos de reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación”.

Descrito el numeral 2 precedente, este describe tres casos en los que la Superintendencia, ahora AEMP por mandato del Decreto Supremo N° 0071, se encuentra facultada a imponer la sanción de multa en virtud de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 29519, sin embargo a efecto del presente caso objeto de análisis, conforme establece la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, se analizará el que refiere a:

2. “Se aplicará esta sanción... así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros...”

En este sentido, existe evidencia de que el IBCH ha servido como instrumento facilitador para la coordinación de las conductas anticompetitivas entre las empresas cementeras, al haber obtenido ventajas para SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de las prácticas anticompetitivas descritas en los incisos a), b) y c) del parágrafo I del artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519

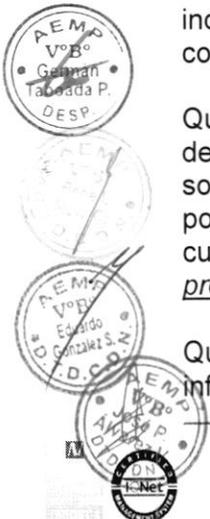
**Art. 33 numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
(Conclusión del Proceso Sancionador)
Subsunción de la Acción.**

Que, a efecto de establecer la adecuación de la conducta a la norma, **en primer lugar** se debe tener presente que de acuerdo al citado artículo 33 la AEMP tiene la facultad de imponer sanciones en el marco del Decreto Supremo N° 29519.

Que, en el presente caso, de la investigación concluida mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, por la cual la AEMP declaró probadas la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en los incisos a), b) y c) del parágrafo I del artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519 por parte de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., se estableció la existencia de indicios de una participación y obtención de ventajas o beneficios por parte del IBCH en la comisión de dichas prácticas anticompetitivas.

Que, **en segundo lugar** a continuación corresponde efectuar un análisis respecto a la clase de beneficios y ventajas obtenidos por el IBCH a favor de terceros como en el presente caso son las empresas cementeras citadas anteriormente, nótese que el supuesto bajo el cual es posible imponer la sanción de multa en este caso, es la obtención directa o indirecta de cualquier tipo ventaja o beneficio, que en el presente caso es la obtención de información proporcionada a las empresas cementeras para la comisión de prácticas anticompetitivas.

Que, de acuerdo a lo señalado por el IBCH, este instituto acepta la elaboración de información propia del sector cementero, sin embargo, señala que esta no constituye





infracción, justificándola bajo una serie de argumentos que no conllevan a desvirtuar los cargos establecidos en su contra. En este sentido, respecto a estos argumentos, el análisis técnico concluyó que:

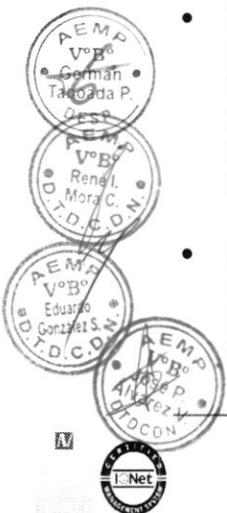
- El argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría "...*actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519*", queda desvirtuado, y por el contrario queda demostrado que el **IBCH es un Agente Económico que realiza actividades económicas.**
- El **análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH** presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web **facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.**
- El argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración carece de verdad material y formal.
- **Queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de **carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH.**
- **Queda demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio**, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de **Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA**, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.
- **Queda demostrada la causalidad** entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.
- La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde el Presidente del Directorio hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios del sector cementero** (es decir un acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva).
- **Se demostró la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH.





- El argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser parcial e incorrecto**, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.
- No toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.
- Queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**
- Las pruebas aportadas por el IBCH destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes, toda vez que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por estas actividades.**
- Los distintos certificados presentados por el IBCH que supuestamente demuestran el carácter técnico de dicho instituto, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.
- Queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas.**
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión.

0719



Que, la AEMP de manera puntual establece cargos en contra del IBCH por la obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras descritas anteriormente, habiendo este instituto coadyuvado a la comisión de las prácticas anticompetitivas descritas en los incisos a, b y c del párrafo I del artículo 10 (prácticas anticompetitivas absolutas) del Decreto Supremo N° 29519.

Que, antes de realizar la subsunción propiamente dicha, se define a continuación los términos beneficio y ventaja. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “beneficio”, posee la siguiente definición general: “Bien que se hace o se recibe”; por otra parte el término “ventaja” es definido como: “Superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa”.

Que, de las definiciones expuestas precedentemente y los cargos formulados en contra del IBCH, se establece la obtención de cualquier tipo de bien que las empresas cementeras hayan recibido por parte de dicho instituto, para cometer las prácticas anticompetitivas descritas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2013, es considerado un beneficio anticompetitivo y por lo tanto, sujeto a la aplicación de sanción conforme establece el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Que, asimismo cualquier tipo de superioridad o mejoría que el cartel del cemento hubiera obtenido dentro el mercado respecto a sus potenciales competidores o respecto a los consumidores a consecuencia de la información proporcionada por el IBCH, es considerada como una ventaja anticompetitiva y por lo tanto sujeta a la aplicación de sanción conforme establece el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Que, en este sentido, una vez definidos los términos beneficio y ventaja, a continuación se describen los casos en los que el IBCH obtuvo beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras con relación a los citados incisos a), b) y c), del párrafo I, del Decreto Supremo N° 29519:

Artículo 10.

“Son conductas anticompetitivas absolutas los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo propósito o efecto sea cualquiera de los siguientes:”.

Inciso a).

Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

Que, considerado el presupuesto anterior, concluido el análisis técnico y legal, se concluye que el IBCH ha obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras a través de la siguiente conducta:



- El Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH hace referencia a la coordinación de las empresas asociadas para fijar precios de venta de producto, **facilitando de esta manera la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519.**

Que, conforme señala el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la multa debe ser aplicable a cualquier tipo de beneficio o ventaja obtenido directa o indirectamente a favor de terceros, el IBCH al haber realizado en su reunión de directorio la coordinación de las empresas asociadas con el fin de fijar precios de venta, ha obtenido un beneficio a favor de las empresas cementeras, toda vez que la coordinación para fijar precios realizada por las empresas miembros del cartel, restringe y limita la competencia, lo cual constituye una práctica anticompetitiva absoluta conforme señala el Decreto Supremo N° 29519 y lo ha señalado también la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012.

Inciso b).

Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen, frecuencia restringidos o limitados de servicios;

Que, considerado el presupuesto anterior, concluido el análisis técnico y legal, se concluye que el IBCH ha obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras a través de la siguiente conducta:

- Los cuadros de *producción y ventas por Año, así como los cuadros de Variaciones Acumuladas Mensuales* publicados en la página web del IBCH, evidencian que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de las empresas miembros de un acuerdo colusorio, **facilitando así la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, parágrafo I, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**

Que, conforme señala el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la multa debe ser aplicable a cualquier tipo de beneficio o ventaja obtenido directa o indirectamente a favor de terceros. En este sentido, el IBCH al haber emitido información desagregada con relación a la producción y ventas por año y las variaciones de ventas acumuladas mensuales, ha permitido y facilitado que las empresas miembros del acuerdo colusorio efectúen el seguimiento y control a las participaciones recíprocas que tienen en el mercado, lo que se traduce en que ha obtenido un beneficio a favor de las empresas cementeras, toda vez que este seguimiento y control permitió a las empresas limitar la producción de cemento, restringiendo y limitando la competencia, lo cual constituye una práctica anticompetitiva absoluta conforme señala el Decreto Supremo N° 29519 y tal como lo ha señalado también la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012.

0717



Inciso c).

“Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables”;

Que, considerado el presupuesto anterior, efectuado el análisis técnico y legal, se concluye que el IBCH ha obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras a través de la siguiente conducta:

- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y de esta forma permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de territorios de un acuerdo colusorio, **facilitando de esta manera la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, parágrafo I, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**

Que, conforme señala el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la multa debe ser aplicable a cualquier tipo de beneficio o ventaja obtenido directa o indirectamente a favor de terceros. En este sentido, el IBCH al haber emitido información desagregada e individualizada con relación a la producción y ventas por fábrica, ha permitido y facilitado que las empresas miembros del acuerdo colusorio efectúen el seguimiento y control a las asignaciones de territorio, lo que demuestra que ha obtenido un beneficio a favor de las empresas cementeras, toda vez que este seguimiento y control permitió a las empresas cementeras distribuirse porciones o segmentos del territorio boliviano para la comercialización del cemento, restringiendo y limitando la competencia en dichos territorios repartidos, lo cual constituye una práctica anticompetitiva absoluta conforme señala el Decreto Supremo N° 29519 y lo ha señalado también la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012.

CONSIDERANDO: (Conclusiones)

Que, de acuerdo a lo establecido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 091/2013 de 13 de agosto de 2013, el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N° 092/2013 de 14 de agosto de 2013, y lo expuesto en el presente acto administrativo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Se ha cumplido con el procedimiento descrito en el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190, respetando todos los derechos y garantías constitucionales y procesales de la empresa investigada. Asimismo, toda la documentación y argumentos expuestos por la empresa investigada en las distintas etapas procesales presentadas oportunamente, han sido analizadas y valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica cuyo análisis se encuentra en la presente resolución administrativa.
2. Se ha determinado que el IBCH, a través de las reuniones de su Directorio, el cual se halla compuesto por los Gerentes Generales de las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. ha coordinado la fijación de precios del cemento producido por las citadas empresas.





La coordinación para fijar precios acordada entre las empresas cementeras, al haberse realizado en reunión de Directorio del IBCH, representa ventajas y beneficios para dichas empresas de acuerdo al análisis contenido en la presente Resolución, lo cual se adecua a lo establecido en el numeral 2 del artículo 33 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, consecuentemente, es susceptible de la imposición de multa.

3. Se ha determinado que el IBCH, a través de la emisión de información desagregada con relación a la producción y ventas por año, así como los cuadros de variaciones acumuladas mensuales, han permitido a las empresas cementeras realizar el seguimiento y control a las participaciones de mercado de cada una de ellas y de esta forma controlar también las participaciones de mercado establecidas en su acuerdo.

La restricción de distribución, traducida en las cuotas de mercado constantes de las empresas cementeras, así como su control y seguimiento, al haberse realizado con la ayuda de la información desagregada proporcionada por el IBCH, representa beneficios y ventajas para dichas empresas de acuerdo al análisis contenido en la presente Resolución, lo cual se adecua a lo establecido en el numeral 2 del artículo 33 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, consecuentemente, es susceptible de la imposición de multa.

4. Se ha determinado que el IBCH, a través de la emisión de información desagregada e individualizada con relación a la producción y ventas por fábrica, ha permitido a las empresas cementeras realizar el seguimiento y control a sus asignaciones de territorio y de esta forma distribuirse o mantener la distribución de porciones o segmentos del territorio boliviano para la comercialización del cemento.

El control y monitoreo de las asignaciones de territorio nacional por parte de las empresas asociadas al IBCH para la comercialización de cemento en espacios geográficos determinados, al haberse realizado con la ayuda de la información desagregada proporcionada por este instituto, representa beneficios y ventajas para dichas empresas de acuerdo al análisis contenido en la presente Resolución, lo que se adecua a lo establecido en el numeral 2 del artículo 33 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, por tanto es susceptible de la imposición de multa.

5. Una vez concluido el análisis técnico y jurídico, conforme señala el artículo 35 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se estableció que a través de la información desagregada y publicada por el IBCH, las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. han obtenido beneficios (ej. maximización de utilidades conjuntas) y ventajas (ej. sobre competidores potenciales), lo que les ha facilitado la comisión continuada de las prácticas anticompetitivas a nivel nacional, que fueron declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, todo esto en detrimento de los consumidores, potenciales competidores y de la libre competencia.

Asimismo, corresponde señalar que los beneficios y ventajas obtenidos a favor de las empresas cementeras por parte del IBCH mediante la publicación de información





desagregada e individualizada, se han producido permanentemente desde el 2001 hasta el 2011, pero el objeto del presente proceso solamente incluye a las conductas realizadas durante las gestiones 2010 y 2011. Así también, el 2011 se evidencia la existencia de reuniones constantes realizadas entre Gerentes Generales de las citadas empresas cementeras que conforman el Directorio del IBCH. Nótese que, al señalar el IBCH que la información entregada no es reprochable, se desprende que actualmente continua entregando la misma información a las empresas que conforman su Directorio.

Por todo lo expuesto precedentemente, la conducta del IBCH, en los términos expuestos, debe ser sancionada con multa, con las consideraciones del artículo 39 del citado Reglamento y el artículo 21, parágrafo I del Decreto Supremo N° 29519, al haber facilitado la comisión de conductas anticompetitivas absolutas, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012 y asimismo, establecer las medidas regulatorias respectivas.

- 6. En lo que refiere a la solicitud de nulidad y anulabilidad presentada por el IBCH, a consecuencia de la falta de notificación de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012 y de las Actas referidas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013 de inicio de procedimiento sancionado, corresponde señalar que de acuerdo al análisis contenido en la presente Resolución Administrativa, no existe normativa legal que establezca la obligación del ente regulador de poner en conocimiento del presunto infractor toda la documentación que contiene el instrumento que da inicio al proceso sancionador, ni previsión que disponga la nulidad en caso de este supuesto incumplimiento invocado.

Es un derecho y obligación del IBCH apersonarse a la AEMP a efecto de conocer y solicitar los antecedentes del proceso que considere relevantes para su defensa, sin embargo, como puede observarse en antecedentes este derecho no fue ejercido por el administrado, pretendiendo atribuir su propia negligencia al ente regulador.

- 7. No concurren en el presente procedimiento sancionador agravantes o atenuantes conforme describen los artículos 36 y 37 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Que, expuestas las conclusiones respecto al proceso sancionador iniciado mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013 y luego de haberse realizado las distintas etapas que comprenden este proceso, de conformidad a lo establecido por el artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, corresponde emitir la Resolución Administrativa respectiva.

POR TANTO:

El Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, en uso de las atribuciones conferidas por Decreto Supremo N° 0071 de fecha 9 de abril de 2009 y demás normas legales sectoriales;



RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR PROBADOS los siguientes cargos establecidos contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH):

- Obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, que a su vez fueron declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190, y en consecuencia, sancionarlo con la multa en Unidades de Fomento de la Vivienda equivalentes al 2.5% (dos y medio por ciento), de los ingresos brutos anuales declarados en los Estados Financieros con cierre a Diciembre de 2012, suma que deberá ser pagada en la Cuenta Corriente N° 10000008955607 del Banco Unión S.A., en un plazo de 10 días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, conforme al Anexo 1, que forma parte indivisible de la misma.
- Obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, parágrafo I, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190, y en consecuencia, sancionarlo con la multa en Unidades de Fomento de la Vivienda equivalentes al 2.5% (dos y medio por ciento), de los ingresos brutos anuales declarados en los Estados Financieros con cierre a Diciembre de 2012, suma que deberá ser pagada en la Cuenta Corriente N° 10000008955607 del Banco Unión S.A., en un plazo de 10 días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, conforme al Anexo 1, que forma parte indivisible de la misma.
- Obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, parágrafo I, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante la misma Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190, y en consecuencia, sancionarlo con la multa en Unidades de Fomento de la Vivienda equivalentes al 2.5% (dos y medio por ciento), de los ingresos brutos anuales declarados en los Estados Financieros con cierre a Diciembre de 2012, suma que deberá ser pagada en la Cuenta Corriente N° 10000008955607 del Banco Unión S.A., en un plazo de 10 días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, conforme al Anexo 1, que forma parte indivisible de la misma.





SEGUNDO. INSTRUIR al IBCH lo siguiente:

- a) El cese inmediato de las acciones y conductas descritas en el artículo 33, numeral 2, de la Resolución Ministerial N° 190, de acuerdo a los lineamientos establecidos en la presente Resolución Administrativa.
- b) La adecuación de sus actividades, planes y estrategias a los estatutos del IBCH y a los lineamientos contenidos en el presente acto administrativo, dejando sin efecto cualquier conducta que tenga como objeto y efecto obtener directa o indirectamente ventajas y beneficios para las empresas cementeras que atente, vulnere y restrinja la libre competencia.

TERCERO. REMITIR copia de la presente Resolución Administrativa y de los documentos pertinentes al Viceministerio de Comercio y Exportaciones – Dirección General de Defensa del Consumidor, para que en el marco de sus atribuciones adopte las acciones correspondientes para precautelar el derecho de los consumidores a la libre elección de productos provenientes de la industria del cemento.

Notifíquese, cúmplase y archívese.



José Pedro Álvarez Vilaseca
DIRECTOR TÉCNICO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas

Germán Tabonda Párraga
DIRECTOR EJECUTIVO
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas



0712



ANEXO N° 1

Valor porcentual de la Multa respecto a los Ingresos Brutos del IBCH con cierre a diciembre del 2012

Porcentaje Tope de la Multa UFV	10%
Número de Prácticas Anticompetitivas Absolutas	4
Multa por cada Práctica Anticompetitiva Absoluta en la que se obtuvo ventaja o beneficio	2,5%
Prácticas Anticompetitivas Absolutas probadas en las que se obtuvo ventajas y beneficios para empresas sancionadas	3
Total multa por tres (3) prácticas anticompetitivas probada en las que se obtuvo ventajas y beneficios para empresas sancionadas	7,5%

Se toma como base para la imposición de la multa el 10% de los Ingresos Brutos¹ presentes en los Estados Financieros del Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH) con cierre a diciembre 2012, según el Artículo 39 de la Resolución Ministerial N° 190.

Considerando que de acuerdo al Artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519 son cuatro (4) las Prácticas Absolutas probadas en las que se obtuvo ventajas y beneficios para empresas sancionadas, se procedió a dividir el *tope de la multa* entre 4, ello con el fin de determinar el porcentaje de la multa que corresponde a cada Práctica Anticompetitiva Absoluta en la que intervino, monto igual a 2,5%.

Al haberse probado que el IBCH obtuvo ventajas y beneficios en tres (3) Prácticas Anticompetitivas Absolutas, que no se encuentran relacionadas entre sí, se multiplicó el porcentaje de 2,5% por 3, obteniéndose que el valor de la multa a ser cancelada por el IBCH es el equivalente al 7,5% de los *Ingresos Brutos* presentes en sus Estados Financieros con cierre a diciembre 2012.

Por lo tanto, utilizando el tipo de cambio Bs./UFV's de fecha 15 de agosto de 2013 (1,85484 Bs./UFV's) corresponde al IBCH cancelar la suma en Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV's) equivalente al 7,5% de los *Ingresos Brutos* presentes en sus Estados Financieros con cierre a diciembre 2012.

¹ Como ingreso bruto se consideró el "Total de Ingresos"

DIRECCION TECNICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO			
RECIBIDO			
Fecha 13.08.13			
Fojas	N.º Pág.	Form Ingreso	Hoja Ruta
			662

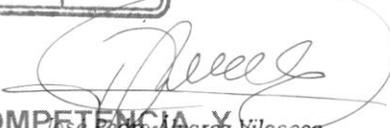
INFORME TÉCNICO
AEMP/DTDCDN/EGS/ N° 0091/2013

A: Abog. Pedro Alvarez Vilaseca
DIRECTOR TÉCNICO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO

DE: Lic. Eduardo González Sánchez
RESPONSABLE DE ANÁLISIS ECONÓMICO

REF: ANALISIS TÉCNICO DE DESCARGOS PRESENTADOS POR EL INSTITUTO BOLIVIANO DEL CEMENTO Y DEL HORMIGON (IBCH).

FECHA: La Paz, 13 de agosto de 2013



Pedro Alvarez Vilaseca
DIRECTOR TÉCNICO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO a.l.
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas

1. ANTECEDENTES

La AEMP emitió la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2012 de fecha 23 de noviembre de 2012 (en adelante RA/N° 041/2012), la cual resuelve iniciar de oficio procedimiento sancionador contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (en adelante IBCH), por la presunta:

- "Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519...".
- "Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519...".
- "Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519...".

Mediante memorial recibido por la AEMP en fecha 14 de junio de 2013, el IBCH presenta descargos técnicos y legales que según dicha institución desvirtúan los cargos acusados por la AEMP y que dieron lugar a la Resolución RA/N° 041/2012.



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



2. OBJETO

El presente informe tiene por objeto valorar los descargos presentados por el IBCH mediante memorial de fecha 14 de junio de 2013, a los cargos formulados por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2012, por la obtención de beneficios o ventajas a favor de terceros que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, del Decreto Supremo N° 29519, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

3. ANÁLISIS TÉCNICO ECONÓMICO DE LOS DESCARGOS

3.1. Respecto al desarrollo de actividades económicas por parte del IBCH

El IBCH rescata del Decreto Supremo N° 29519 el artículo 2.- (ÁMBITO). Según el cual: *“Las personas naturales y/o jurídicas, con excepción de aquellas que ya se encuentran reguladas por Ley, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio nacional, están obligadas a regirse por el presente Decreto Supremo. En consecuencia, su incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones coercitivas bajo responsabilidad de las autoridades competentes”*.

En su memorial de fecha 14 de junio indica que: *“Revisando los Estatutos del Instituto, así como la Resolución Prefectural que reconoce su personalidad jurídica, tenemos que además de ser una persona jurídica sin fines de lucro, **no contempla en su objeto la realización de actividad competitiva alguna**, puesto que su naturaleza y objetivos son distintos”* (las negrillas son nuestras). Es decir que, según el IBCH en base al objeto de la personería jurídica de dicho instituto, se entendería que este no realiza ninguna actividad económica.

En el mismo memorial el IBCH continua señalando que: *“El artículo 5 de los Estatutos describe el objeto principal del Instituto y sus objetivos particulares, entre los que no se halla ninguna actividad comercial propiamente dicha, y por ello su objetivo principal no es efectuar operaciones que pudieran reportarle ganancias económicas”*.

En base a la argumentación anterior el IBCH da a entender que es una persona jurídica sin fines de lucro que supuestamente no genera actividad económica; motivo por el cual no puede estar sujeta a la formulación de cargos realizada por la AEMP, concluye su argumento indicando que: *“Por lo señalado, mal podría la*

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acmp@autoridadempresas.gob.bo

0657

2 de 61



AEMP intentar endilgar la comisión de prácticas anticompetitivas a una persona jurídica que **no desarrolla actividades económicas** en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519” (las negrillas son nuestras).

Considerando que la definición de actividad económica señala que ésta es considerada como: **“cualquier proceso mediante el cual se obtiene productos, bienes y los servicios que cubren las necesidades humanas. Permiten generar riquezas en una sociedad”**¹, procederemos analizar si el IBCH realiza o no actividades económicas.

De acuerdo a la publicación del IBCH de la revista Concretando N° 14 de diciembre del 2012, disponible en la página web² de dicha institución, podemos evidenciar que dicho instituto participa en licitaciones y **presta el servicio de consultoría (actividad económica)**, toda vez que como lo señala la mencionada revista:

- **“El Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón ganó la licitación internacional CLC-05-CAFMTOP-2011. Consultoría para Asistencia Técnica en Pavimento Rígidos y Mezclas con Ligantes Hidráulicos. Emitida por el Ministerio de Transportes y Obras Públicas de la hermana República de Ecuador, con el Financiamiento de la CAF”,** es decir que, el IBCH al **prestar servicios de consultoría que satisface (cubren) las necesidades humanas** y permiten generar riquezas en la sociedad, es un agente económico que realiza actividades económicas.

Esta situación es ratificada por lo expresado por el Gerente del IBCH en Acta N° 81 de Reunión de Directorio de fecha 5 de julio de 2011, en la cual informó que:

- **“...se dieron a conocer los resultados de la Licitación de Asesoramiento Técnico en Pavimentos Rígidos para la República del Ecuador, dando como ganador al IBCH con un puntaje de 82.1 %, contra 51.9% del Instituto Chileno. Los Directores felicitaron al personal del IBCH por este logro y acordaron que las utilidades que resulten de este contrato puedan ser invertidas ya sea en un edificio donde estaría la sede del IBCH o en equipamiento de Laboratorio”** (las negrillas son nuestras).

Una simple lectura del Acta N° 81 proporcionada por el IBCH, permite identificar que este instituto **realiza la prestación de servicios de consultoría y que genera utilidades** presentándose en licitaciones, además de dictar distintos



¹ http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/actividad_economica.hp

² http://www.ibch.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=5

0656

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

cursos de capacitación y/o seminarios por los cuales percibe ingresos, **servicios que se encuentran enmarcados como actividades económicas.**

Por otra parte, es preciso considerar que el Decreto Supremo N° 29519 en su artículo 3 relativo a DEFINICIONES, señala: “*Agente Económico: Toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen*”.

Es decir que, de acuerdo a la definición de agente económico presente en el Decreto Supremo N° 29519, **el IBCH es un Agente Económico**, pues según sus estatutos, este instituto es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro que oferta servicios en el mercado y además, es una asociación que agrupa a los productores de cemento.

Por lo tanto, la definición de Agente Económico presente del Decreto Supremo N° 29519, permite determinar que el IBCH reúne todas las características de un **Agente Económico que realiza actividades económicas**, toda vez que:

- Es persona jurídica de derecho privado.
- Es persona jurídica que presta servicios a empresas que participan activamente en el mercado y que genera utilidades.
- Es una asociación que agrupa a agentes económicos rivales que participan en el mercado boliviano del cemento.

Finalmente, es preciso considerar que de acuerdo a la Resolución Normativa de Directorio N° 10-0009-11 de fecha 21 de Abril de 2011 emitida por el Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), en su artículo 3 relativo a la Obligatoriedad de Registro señala que:

- “*Todas las Personas Naturales, Empresas Unipersonales, Sucesiones Indivisas y Personas Jurídicas, éstas últimas tengan o no personalidad jurídica reconocida, nacionales o extranjeras, domiciliadas en el País, **que realicen actividades económicas** gravadas y que resulten sujetos pasivos de alguno de los impuestos establecidos en la Ley N° 843 (Texto Ordenado Vigente), así como todas las personas que no siendo sujetos pasivos de ellos y estuviesen obligadas a actuar como agentes de retención y/o percepción de los impuestos establecidos en la mencionada Ley, **tienen la obligación de registrarse en el Padrón Nacional de Contribuyentes Biométrico Digital (PBD-11) para obtener su Número de Identificación Tributaria**” (las negrillas y delineado son nuestros).*



0655

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

De acuerdo a información proporcionada por el Servicio de Impuestos Nacionales mediante nota CITE:SIN/GDLP/DF/SVECP/NOT/281/2013 recibida en fecha 20 de marzo del 2013, se evidencia que el IBCH **dispone de Número de NIT 1002537029**, habiendo presentado Estados Financieros al 31 de diciembre del 2011.

En base a la información precedente se evidencia que el IBCH **dispone de Número de Identificación Tributaria (NIT)**, y toda vez que de acuerdo a la Resolución Normativa de Directorio N° 10-0009-11, **todas las personas jurídicas que realicen actividades económicas disponen de Número de Identificación Tributaria**, se entiende que el IBCH realiza actividades económicas.

Por lo tanto, **queda desvirtuado** el argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría "...*actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519*", y por el contrario queda demostrado que el IBCH es un **Agente Económico que realiza actividades económicas**.

3.2. La supuestas bases de acusación de la AEMP en contra del IBCH

El IBCH rescata de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, un párrafo en el cual se indica: "*Existe amplia literatura que señala como característica de los carteles la presencia o conformación de 'cámaras de comercio', 'institutos', 'asociaciones', u otros similares, como centros de conspiración que permiten dar continuidad a los carteles...*".

Posteriormente el IBCH argumenta que "*De lo dicho destacan dos extremos: el primero que la AEMP basa sus acusaciones en lo que dice la "amplia literatura consultada" y no en el análisis de los hechos que puedan demostrar fehacientemente la comisión o no de prácticas anticompetitivas; el segundo, que con ligereza, la AEMP acusa al IBCH de ser un "centro de conspiración", acusación que vulnera la presunción de inocencia y el derecho a la imagen y la reputación del Instituto, siendo que dicha aseveración no tiene ningún argumento fáctico que la respalde, sino sólo referencias a la literatura consultada*".

De la argumentación presentada por el IBCH se pueden destacar dos elementos, según los cuales:

- I. las acusaciones de la AEMP estarían basadas únicamente en la literatura consultada.
- II. la AEMP habría acusado al IBCH de ser un Centro de conspiración.



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



3.2.1. La doctrina económica analizada por la AEMP y los cargos formulados

El argumento presentado por el IBCH según el cual las acusaciones de la AEMP estarían basadas únicamente en la literatura consultada, resulta ser meramente enunciativo y omite desvirtuar los indicios presentados por la AEMP, en lo relativo a los acuerdos de participaciones de mercado. Al respecto, corresponde reiterar lo señalado en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, referido a la relación entre la conformación de carteles y la presencia o conformación de “cámaras de comercio”, “institutos”, “asociaciones”, u otros similares, como “centros de conspiración” que facilitan la continuidad de acuerdos colusorios, mediante la recopilación de información³ utilizada para el monitoreo y control del acuerdo por parte de los miembros del cartel.

A mayor ahondamiento sobre la doctrina económica utilizada, Joseph E. Harrington en su libro *How Do Cartels Operate?* (2006) señala que: “en el cartel del ácido cítrico, las empresas acordaron participaciones de mercado globales para cada empresa... Dos meses antes de especificar los tonelajes para cada miembro, **el cartel se reunía y convertía estos volúmenes en cuotas de mercado**. Específicamente, cada empresa tenía derecho a un porcentaje de oferta por la *European Citric Acid Manufacturers Association*⁴ a la cual todos los miembros del cartel pertenecían”⁵ (Las negrillas son nuestras).

Según el mismo autor, la utilización del cartel del ácido cítrico de un monitoreo del mercado mediante participaciones de mercado, se debe principalmente a que este método “*provee una manera sencilla de manejar el crecimiento del mercado*”⁶.

En el presente caso, la AEMP presentó en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, extractos del Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001, punto 2. VENTAS Y PRODUCCION MARZO Y ABRIL 2001, VENTAS, como **indicios** de que el IBCH facilitó el monitoreo de participaciones de mercado realizado por los miembros del cartel información que no constituye *literatura consultada*, sino un documento que recoge los puntos discutidos y los acuerdos adoptados en reuniones del IBCH, los cuales deben ser validados por las asociadas, y que señalan:

³ How Do Cartels Operate?, Joseph E. Harrington, 2006 (pag. 50)

⁴ Asociación Europea de Productores de Acido Citrico

⁵ Traducción del texto Original: “*In the citric acid cartel, firms agreed to a global sales quota for each firm and.... Two months after specifying a fixed tonnage figure for each member, the cartel met again and converted these volumes into market shares. Specifically, each firm was entitled to a percentage of supply provided by the European Citric Acid Manufacturers Association to which all cartel members belonged*”. Harrington, How Do Cartels Operate?, 2006 (pag. 26)

⁶ Harrington, How Do Cartels Operate?, 2006 (pag. 26)

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 – Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 – 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz – Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acmp@autoridadempresas.gob.bo



0653

6 de 61





- “Respecto al tema de ventas, el Lic. Doria Medina indica que en la última **reunión del IBCH** se habría, analizado la posibilidad de que se tengan solamente dos empresas proveedoras de cemento por ciudad, excepto el caso de Santa Cruz donde operarían 3 cementeras, esta situación **permitiría que cada empresa pueda de mejor manera controlar su área de ventas y coordinar únicamente con la otra empresa respecto de los controles de ventas**”.

“Lic. Vilar, sobre el comentario del Presidente, indica que se debe tener mucho cuidado con ese tema y evaluar primeramente la lealtad de las demás empresas a los términos de los acuerdos, si están cumpliendo las determinaciones que se toman”.

“El Gerente General informa sobre la situación de los acuerdos, indicando que en general **existe una marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos**, en razón de que ya se han visto resultados para cada una de ellas principalmente respecto del deterioro de precios que se tenía antes y los volúmenes que de alguna forma se vienen cumpliendo con algunas pequeñas variaciones” (Las negrillas y resaltado son nuestros).

Este extracto presentado por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, como indicio de que el IBCH habría facilitado la práctica anticompetitiva de distribución de participaciones de mercado entre sus miembros, **es omitido** en su totalidad en los descargos presentados por el IBCH ya que no efectuó ninguna justificación al respecto.

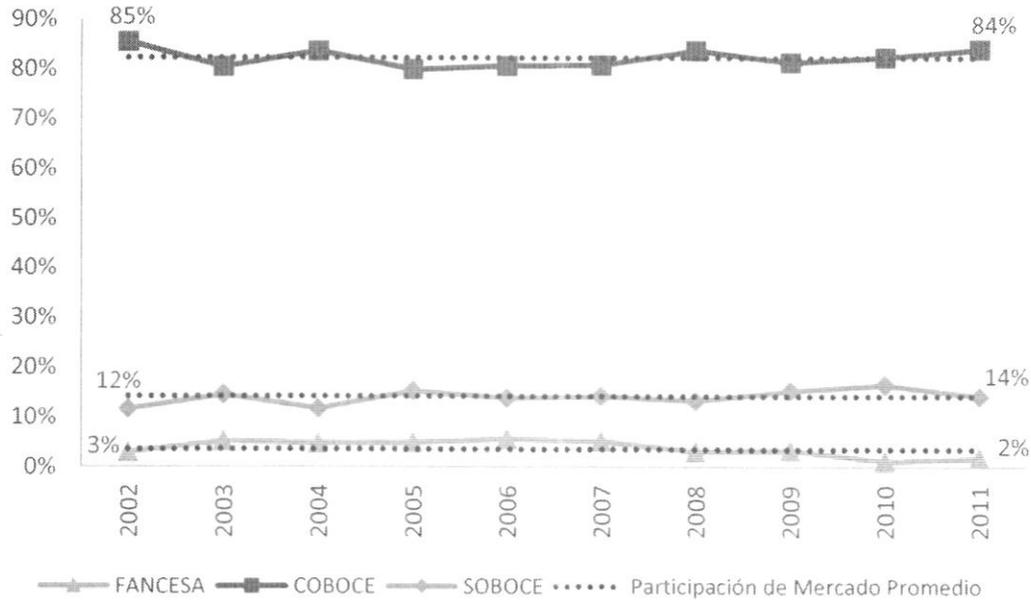
Con la finalidad de demostrar que a lo largo del periodo 2002-2011 prevaleció la “*marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos*” referidos a volúmenes, resultante de las reuniones en el IBCH (como lo expresa el Acta N° 03-2001 de FANCESA), a continuación se presentan las evoluciones de las participaciones de mercado de las empresas SOBOCE, COBOCE y FANCESA en el departamento de Cochabamba, participaciones que fueron elaboradas en base a información de volúmenes de ventas de cemento publicada por el IBCH en las estadísticas de su página web⁷ (ver gráfico N° 1).



⁷ http://ibch.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=6



Gráfico N° 1
Participaciones de mercado de empresas cementeras,
Cochabamba 2002-2011



Fuente: Elaboración propia en base a datos IBCH

Un análisis del gráfico N° 1, demuestra que los acuerdos de volúmenes (participaciones de mercado) generados en las reuniones del IBCH, permitieron a las empresas SOBOCE, COBOCE y FANCESA estabilizar las participaciones de mercado de dichas empresas en el departamento de Cochabamba, de manera muy similar a lo expresado por Joseph E. Harrington en su libro *How Do Cartels Operate?* (2006), respecto al método de monitoreo utilizado por el cartel del ácido cítrico, el cual se reunía y convertía los volúmenes de ventas en cuotas de mercado y de esta manera no desviarse de lo pactado.

El acuerdo de participaciones de mercado gestado en las reuniones del IBCH y la estabilidad que el mismo dio a las participaciones de las empresas cementeras en el departamento de Cochabamba, se hace aún más evidente si consideramos el comportamiento de las participaciones de mercado previas al acuerdo colusorio 2001, es decir un análisis de estas participaciones durante el periodo 1990-2000.



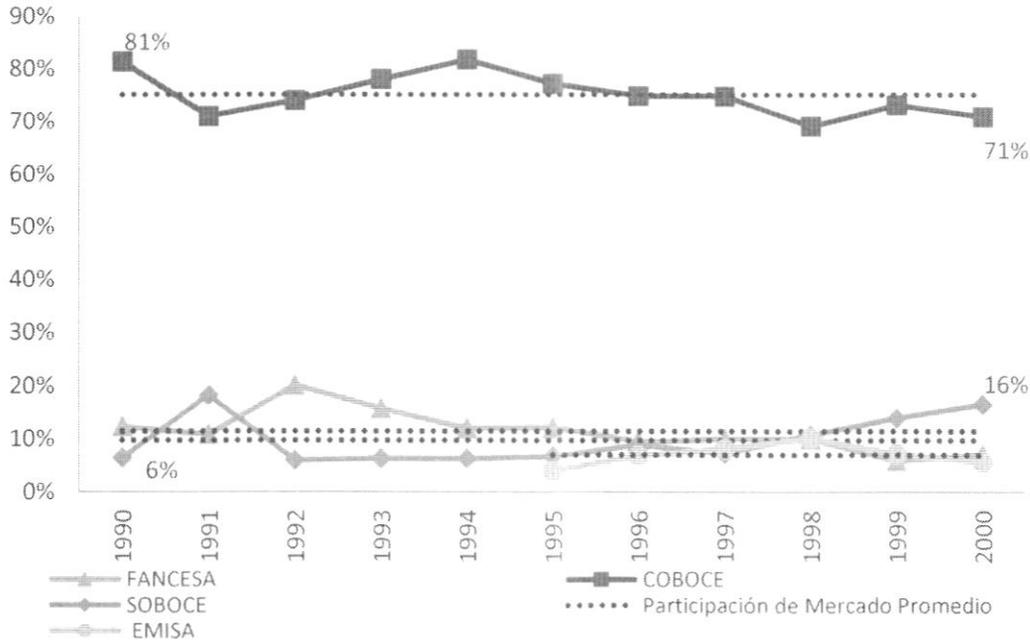
“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II
Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia
Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

0651



Gráfico N° 2 Participaciones de mercado de empresas cementeras, Cochabamba 1990-2000



Fuente: Elaboración propia en base a datos IBCH

Un análisis del gráfico N° 2, permite evidenciar que las participaciones de mercado de las empresas que competían en el departamento de Cochabamba, presentaban una variación significativa respecto al promedio de sus respectivas participaciones, situación que fue eliminada una vez que fue puesto en marcha el acuerdo colusorio.

Por lo tanto, en base a las actas aportadas por la AEMP y al análisis técnico anterior, queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual las acusaciones de la AEMP estarían basadas únicamente en la literatura consultada por la autoridad. En el punto 4.3 de este documento, se profundizará el análisis respecto al rol que la información estadística desagregada e individualizada publicada en la página web del IBCH, para facilitar un acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.

3.2.2. La supuesta acusación de la AEMP en contra del IBCH como Centro de Conspiración

A continuación se analiza el argumento presentado por el IBCH, según el cual, la AEMP habría acusado al IBCH de ser un centro de conspiración.



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

0650





Sobre este punto, hacer énfasis en el hecho de que una simple lectura de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, permite evidenciar que los cargos formulados por la AEMP son:

- *“Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.*
- *Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.*
- *Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190”.*

En ningún momento la AEMP formula cargos o acusa al IBCH de ser un “Centro de Conspiración”, por lo tanto, el argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración, carece de sustento técnico y legal.

3.3. De la relación entre las Decisiones de Directorio de Empresas Asociadas y el IBCH



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



Las actas presentadas por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 pertenecientes a las empresas miembros del IBCH (FANCESA y COBOCE), en las que se señala de manera expresa el rol facilitador de dicho instituto en la comisión de prácticas anticompetitivas, se resumen en:

- I. Acta N° 82-2001 de la Cooperativa Boliviana de Cemento, Industrias y Servicios Ltda. (COBOCE) de fecha 6 de Junio de 2001, de la reunión conjunta de los Consejos de Administración y Vigilancia, señalan:

*“En relación con la unidad COBOCE cemento el gerente⁸ reiteró que la causa principal por la que se presenta el déficit económico y financiero, es la dramática disminución en los precios del cemento. Asimismo informó que **continúa el trabajo que se está desarrollando a través del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón (IBCH) para racionalizar el mercado**”.*

- II. Según Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001, en el punto 2. VENTAS Y PRODUCCION MARZO Y ABRIL 2001, VENTAS, se señala:

*“Respecto al tema de ventas, el Lic. Doria Medina indica que **en la última reunión del IBCH se habría, analizado la posibilidad de que se tengan solamente dos empresas proveedoras de cemento por ciudad, excepto el caso de Santa Cruz donde operarían 3 cementeras, esta situación permitiría que cada empresa pueda de mejor manera controlar su área de ventas y coordinar únicamente con la otra empresa respecto de los controles de ventas**”.*

“Lic. Vilar, sobre el comentario del Presidente, indica que se debe tener mucho cuidado con ese tema y evaluar primeramente la lealtad de las demás empresas a los términos de los acuerdos, si están cumpliendo las determinaciones que se toman”.

*“El Gerente General⁹ informa sobre la situación de los acuerdos, indicando que en general **existe una marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos**, en razón de que ya se han visto resultados para cada una de ellas principalmente respecto del*



⁸ Jaime Méndez Q., Gerente General de COBOCE, era de manera simultánea Director en el IBCH.

⁹ Gonzalo Arce Arancibia, Gerente General y Secretario del Directorio de FANCESA, era de manera simultánea Director en el IBCH.

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”





deterioro de precios que se tenía antes y los volúmenes que de alguna forma se vienen cumpliendo con algunas pequeñas variaciones”.

- III. Acta N° 07-2001 de la Fábrica Nacional de Cemento (FANCESA) de fecha 14 de diciembre de 2001, en el punto 2. VENTAS Y PRODUCCION NOVIEMBRE 2001, VENTAS se señala:

“realizar ajuste de precios para compensar volúmenes con mejores ingresos, explica que SOBOCE por ejemplo (así como alguna otra empresa cementera) subió sus precios en 3 bolivianos desde algunos días pasados en La Paz y Tarija y 0.50 Cts. en Santa Cruz, debiendo de acuerdo a los convenios de las reuniones del IBCH FANCESA también subir sus precios antes de fin de mes, está subida mejorará los ingresos para el resto de la gestión y se cumpliría con las políticas asumidas ya a principios de gestión respecto de compensar los bajos volúmenes de ventas con ingresos mejorados por los ajustes periódicos de precios”.

“...FANCESA debe tomar la determinación de la subida de precios antes de fin de mes para mejorar los ingresos y seguir los lineamientos que se toman en las reuniones del IBCH...”.

El IBCH omite completamente justificar las actas presentadas por la AEMP como indicios de que dicho instituto facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y se limita a argumentar que:

- I. *“No existe una relación de causalidad directa, pues las actas referidas por la AEMP son actas de dos empresas cementeras, no son actas del Instituto, por lo cual mal puede acusarse al IBCH por lo que dicen las actas de esas dos empresas”.*
- II. *“La AEMP pretende que el IBCH conozca las decisiones tomadas por los Directorios de sus asociadas, de los que obviamente no forma parte y respecto de cuyas decisiones no hay elemento alguno que demuestre que el IBCH formó parte o tuvo conocimiento”.*

A continuación se realiza una valoración de ambos argumentos.

3.3.1. La supuesta inexistencia de relación entre actas de empresas cementeras y el IBCH

Respecto al argumento del IBCH según el cual, no existe una relación entre lo expresado en las actas de las empresas cementeras asociadas y el IBCH, resaltar el hecho de que por medio de este argumento el IBCH pretende desconocer la

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acemp@autoridadempresas.gob.bo

0647

12 de 61





relación de carácter integral y vinculante entre las decisiones que se toman en dicho instituto y las decisiones que toman sus asociadas, situación **contraria a lo enunciado por los miembros del Directorio del IBCH en sus actas de reuniones**, al señalar por ejemplo, en Acta No.19 de Reunión de Directorio de fecha 10 de febrero del 2000 que:

- "...El Instituto debería ser una mesa de encuentro de la industria...".
- "...La coordinación de la industria es vital para su empresa, es decir que el **Instituto debe tener un rol coordinador e integrador**..." (Las negrillas y el resaltado son nuestros).

Los extractos anteriores procedentes de las Actas de Directorio del IBCH, muestran a un IBCH que concentra a los actores de la industria cementera y que busca **coordinar e integrar** a estos últimos, puesto que ello es "vital" para las asociadas, siendo evidente la relación de causalidad entre las decisiones que se toman en las reuniones del IBCH y en las empresas afiliadas.

La necesidad de que el IBCH facilite una fluida coordinación e integración entre las empresas miembros, es indicada de manera expresa en el Acta No.24 de Reunión de Directorio de fecha 21 de noviembre de 2000, cuando se señala:

- "El Lic. Núñez indicó que se ha reducido el impulso al IBCH, que se debe promover nuevos usos del cemento, y que no se ha realizado un accionar conjunto. Expresó la necesidad de estudiar otras opciones y trabajar junto al IBCH para buscar alternativas, **sugirió que cada cementera designe personal técnico que trabaje en el día a día con el Instituto, y que se procure realizar una reunión por mes, para revisar los temas administrativos**".

Se hace evidente en base al párrafo anterior, que las decisiones que son tomadas en el IBCH son posteriormente ejecutadas por sus asociadas, llegando al extremo de sugerir que cada empresa cementera designe personal técnico que trabaje "día a día con el instituto".

Finalmente, otros 3 ejemplos del carácter vinculante entre las decisiones tomadas por el Directorio del IBCH y las decisiones tomadas por los Directores de sus empresas asociadas se evidencia en:

- i. El Acta No.28 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 28 de octubre de 2001 (respecto a la revisión de la Norma del Cemento NB 011)



0646

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



“Se pidió a la Gerencia postergar la reunión solicitada por IBNORCA a fin de conocer mejor la propuesta de EMISA y plantear una posición conjunta de la industria”.

- ii. EL Acta No.31 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 4 de julio de 2002 (respecto al pago de servicios a una consultora)

“Posteriormente, los Directores discutieron distintas modalidades para el pago a la Consultora, definiendo finalmente que el IBCH realice directamente el contrato y que facture a las fábricas 5 cuotas iguales, incluyendo el I.T. Todos los Directores se comprometieron a depositar la cuota extraordinaria hasta el 15 de julio”.

- iii. EL Acta No.83 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 27 de enero de 2012 (respecto al Informe de Actividades del 7 de noviembre 2011 al 20 de enero 2012, sobre la Arena Normalizada)

“El Gerente explicó también que se envió muestras de Arena Normalizada a todos los laboratorios de las cementeras y que la mayoría de los resultados tienen un margen de error del 1% en comparación a la Arena Ottawa. Solicitó el apoyo de los Directores para realizar una etapa de pruebas de unos 6 meses de duración, enviando muestras semanales de arena con la finalidad de corroborar o corregir la arena que se está trabajando. Los Directores aprobaron esta moción”.

Un análisis de los tres ejemplos anteriores, permite evidenciar que el IBCH permite a sus miembros: *i)* plantear una posición conjunta de la industria, respecto a temas de su interés, *ii)* que las decisiones tomadas por los Directores del IBCH son acatadas por las empresas asociadas (inclusive para el pago de servicios) y *iii)* que las empresas miembros del IBCH coadyuvan, apoyan e inclusive dan cumplimiento a las decisiones tomadas en dicho instituto.

Por lo tanto, en base a una revisión y análisis de las Actas de Reunión de Directorio del IBCH, **se desvirtúa el argumento presentado por dicho instituto** en su memorial de descargos de fecha 14 de junio del 2013, según el cual no existe una relación de causalidad entre las decisiones tomadas en el Directorio del IBCH y las decisiones expresadas por los directorios de las empresas FANCESA y COBOCE en sus actas, donde de manera expresa se señala al IBCH como ente facilitador en la comisión de prácticas anticompetitivas.

Por otra parte, **queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en las reuniones de Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acmp@autoridadempresas.gob.bo

0645

14 de 61





decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de **carácter vinculante e integral tomadas en el IBCH por su Directorio.**

3.3.2. Del supuesto desconocimiento de las decisiones tomadas por los Directorios de empresas cementeras y el IBCH

Respecto al argumento del IBCH según el cual, dicho instituto desconocía las decisiones tomadas por los Directorios de sus asociadas, se pudo evidenciar en el punto anterior el carácter vinculante e integrador que según los propios Directores del IBCH tiene este instituto, para con la industria.

Con la finalidad de desvirtuar el supuesto desconocimiento del IBCH respecto a las decisiones que tomaban sus asociadas y demostrar que sucedía lo contrario por el carácter vinculante e integrador con que se tomaban las decisiones en el IBCH y replicadas en las empresas cementeras asociadas, es preciso hacer énfasis en la relación existente entre el personal que conformaba el Directorio del IBCH durante la gestión 2001 y el cargo que estos Directores ocupan en sus respectivas empresas en dicha gestión; ello con la finalidad de determinar el nivel jerárquico que este personal ocupaba y la capacidad que tenían estos para, ejecutar, promover y/o coadyuvar las decisiones gestadas en el IBCH al interior de sus empresas.

Cuadro N° 1
Cargos ocupados por los Directores del IBCH en las empresas asociadas

	Gestión 2001		
	Directores IBCH	% Asistencia Reuniones de Directorio IBCH	Cargo ocupado en la empresa Asociada
FANCESA	Gonzalo Arce A.	83%	Gerente General ¹⁰
ITACAMBA	Wilson Dos Santos	83%	Gerente General ¹¹
SOBOCE	Carlos Núñez T.	100%	Gerente General
	Armando Gumucio	17%	Gerente Administrativo Financiero
COBOCE	Jaime Méndez Q.	83%	Gerente General ¹²
	Mario Peredo	100%	
EMISA	Douglas Lloyd	50%	Gerente General

Fuente: Elaboración propia en base a Actas de Reunión de Directorio del IBCH

¹⁰ Memoria Anual FANCESA, gestión 2001.

¹¹ Memoria Anual ITACAMBA, gestión 2001.

¹² Acta N° 82/2001 de Reunión de Directorio de COBOCE, de fecha 6 de Junio de 2001.

0644

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

15 de 61





Un análisis del cuadro anterior permite evidenciar dos aspectos relevantes:

- i. Las personas que fungían como Directores del IBCH durante la gestión 2001, presentaban **niveles ejecutivos jerárquicos en sus respectivas empresas** (relacionados con áreas de operaciones, comercial, ventas y logística), con la evidente capacidad de ejecutar, promover y/o coadyuvar con las decisiones gestadas en el IBCH destinadas al cumplimiento de un acuerdo colusorio de participaciones de mercado, asignaciones de territorios o coordinación para fijar precios al interior de sus empresas.
- ii. El porcentaje de participación de los ejecutivos que representaban a sus empresas como Directores del IBCH era muy elevada, denotando ello la importancia de que los niveles **jerárquicos con poder en la toma de decisiones en las empresas asociadas**, estuviesen presentes en dichas reuniones. Esta situación permitía que una vez planteada **“una posición conjunta de la industria”**¹³, esta fuese seguida por las empresas miembros del IBCH.

El IBCH no puede omitir o desconocer lo señalado por **uno de los miembros de su Directorio**¹⁴, que fungía como Gerente General en FANCESA (asociada al IBCH), cuando este informa al directorio de su empresa¹⁵:

- *“... sobre la situación de los acuerdos, indicando que en general **existe una marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos**, en razón de que ya se han visto resultados para cada una de ellas principalmente respecto del deterioro de precios que se tenía antes y los volúmenes que de alguna forma se vienen cumpliendo con algunas pequeñas variaciones”*

En el caso anterior se hace evidente que la información proporcionada en Reunión de Directorio de la empresa FANCESA correspondiente a la comisión de prácticas anticompetitivas colusorias, que fueron plasmadas en las de esta empresa, **eran de conocimiento del IBCH**, puesto que el **Gerente General de FANCESA** que da a conocer la *“marcada voluntad de las empresas cementeras de continuar con los acuerdos”* colusorios, **conformaba a su vez parte del Directorio del IBCH**.

El hecho de que el acuerdo colusorio era de conocimiento del IBCH se hace más evidente, cuando una vez notificados en reunión de Directorio de FANCESA de la propuesta colusoria presentada por COBOCE, se recomienda que el Gerente comercial de FANCESA, asista a las negociaciones y dicho *“planteamiento se acepta **por consenso**, reiterando que se trabaje en base a acuerdos de*



¹³ Acta No.28 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 28 de octubre de 2001

¹⁴ Indicios presentados por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013

¹⁵ Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001

0643

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

16 de 61





volúmenes de despacho y precios"; es decir que es **aceptada por el entonces Director del IBCH Sr. Jaime Navarro,**

Tampoco puede el IBCH omitir o desconocer lo señalado por otro de los miembros de su Directorio, que fungía como Gerente General en COBOCE (asociada al IBCH), cuando este informa al directorio de su empresa¹⁶:

- **"...que continúa el trabajo que se está desarrollando a través del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón (IBCH) para racionalizar el mercado"**.

Una vez más, se hace evidente que la información proporcionada en Reunión de Directorio de la empresa COBOCE correspondiente a la comisión de prácticas anticompetitivas colusorias, que fueron plasmadas en las actas de esta empresa, **eran de conocimiento del IBCH**, puesto que el **Gerente General de COBOCE** que da a conocer *"el trabajo que se está desarrollando a través del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón (IBCH) para racionalizar el mercado"* (acuerdo colusorio), **conformaba a su vez parte del Directorio del IBCH.**

Realizando un análisis similar al realizado para la gestión 2001 sobre los cargos que ocupaban los miembros del Directorio del IBCH en sus respectivas empresas, pero para las gestiones 2010 – 2011, y con ello demostrar el conocimiento del IBCH de las decisiones de carácter vinculante e integrador que eran tomadas en dicho instituto y que posteriormente eran replicadas en las empresas cementeras asociadas, tenemos que:



¹⁶ Acta N° 82-2001 de la Cooperativa Boliviana de Cemento, Industrias y Servicios Ltda. (COBOCE) de fecha 6 de Junio de 2001



Cuadro N° 2
Cargos ocupados por los Directores del IBCH en las empresas asociadas

	Gestión 2010-2011		
	Directores IBCH	% Asistencia Reuniones	Cargo ocupado en la empresa Asociada
FANCESA	Jorge Bellido	43%	Gerente de Operaciones ¹⁷
	Wilmer Astete	64%	Gerente General ¹⁸
	José Luis Tuddo	14%	Gerente General CONCRETEC ¹⁹
	Juan José del Carpio	21%	Gerente General ²⁰
	Gustavo Rico	7%	Gerente Comercial ²¹
ITACAMBA	Alexander Capela	71%	Gerente General ²²
	Eduardo Kunstek	21%	Departamento Comercial ²³
SOBOCE	Armando Gumucio	86%	Gerente General ²⁴
	Remy Borda	7%	Gerente Nacional de Planificación y Gestión Logística ²⁵
	René Sánchez	64%	Gerente Nacional de Ventas y Marketing ²⁶
COBOCE	José Manuel Ramírez P.	86%	Gerente COBOCE Cemento ²⁷
	Edwin Tapia Frontanilla	71%	Gerente General ²⁸
	Fernando Quiroga Torrez	7%	Gerente Administrativo ²⁹

Fuente: Elaboración propia en base a Actas de Reunión de Directorio del IBCH

Un análisis del cuadro anterior permite evidenciar dos aspectos relevantes:

- i. **Persiste** una situación similar a la evidenciada el año 2001, respecto a las personas que fungían como Directores del IBCH durante las gestiones 2010 y 2011 que presentaban **niveles ejecutivos jerárquicos en sus respectivas empresas** (relacionados con áreas de operaciones, comercial, ventas y logística), con la evidente capacidad de ejecutar, promover y/o

¹⁷ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.

¹⁸ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.

¹⁹ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.

²⁰ Memoria Anual FANCESA, gestión 2011. Gerente desde 1 de abril del 2011

²¹ Memoria Anual FANCESA, gestión 2010.

²² Memoria Anual ITACAMBA, gestión 2010-2011.

²³ Memoria Anual ITACAMBA, gestión 2010-2011.

²⁴ Memoria Anual SOBOCE, gestión 2010.

²⁵ Memoria Anual SOBOCE, gestión 2010.

²⁶ Memoria Anual SOBOCE, gestión 2010.

²⁷ Memoria Anual COBOCE, Gestión 2010-2011.

²⁸ Memoria Anual COBOCE, Gestión 2010-2011.

²⁹ Memoria Anual COBOCE, Gestión 2010-2011.



0641

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo





coadyuvar con las decisiones que eran gestadas en el IBCH destinadas al cumplimiento de un acuerdo colusorio de participaciones de mercado, asignaciones de territorios o coordinación para fijar precios en sus empresas.

- ii. **Persiste** una situación similar a la evidenciada el año 2001, respecto a que el porcentaje de participación de los ejecutivos que representaban a sus empresas como Directores del IBCH era muy elevada, denotando ello la importancia de que los niveles **jerárquicos con poder en la toma de decisiones en las empresas asociadas**, estuviesen presentes en dichas reuniones de forma continua con bajo nivel de rotación, permitiendo que una vez planteada **“una posición conjunta de la industria”³⁰**, esta fuese seguida por las empresas miembros del IBCH.

Un ejemplo de que las decisiones tomadas por las empresas asociadas al IBCH eran de conocimiento y estaban basadas en decisiones tomadas en el Directorio del IBCH en la búsqueda de una posición conjunta de la industria, viene dado por lo expresado en el Acta N° 78 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 21 de febrero del 2011, respecto a la fijación de precios de venta de producto (**facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519**), en la cual el Ing. Capela señala:

- *“...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITACAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concrettec, a un precio mayor a fin de recuperar los altos costos de importación”.*

La propuesta realizada en Reunión de Directorio del IBCH, es posteriormente comunicada por el representante de la empresa FANCESA en dicho directorio y Gerente General de FANCESA Sr. Wilmer Astete al Directorio de su empresa, como consta en acta N° 16/2010 de fecha 3 de marzo de 2011:

- *“El Gerente General a.i. continuó informando que en la última reunión del IBCH la empresa Itacamba había realizado la propuesta de venta de cemento para las operaciones de hormigón en Santa Cruz de las empresas Concrettec, Ready Mix (Soboce), utilizando para ello clinker importado desde Asia por la hidrobía Rosario (Argentina) - Puerto Quijarro. El precio propuesto para este cemento es de 73 Bs por 50 kg, puesto Santa Cruz, en la cantidad que Concrettec requiera”.*

En base al ejemplo anterior, se elaboró el flujograma N° 1 (a continuación) que permite evidenciar como las decisiones que son gestadas y son de pleno conocimiento del IBCH (y del personal jerárquico de las empresas asociadas que



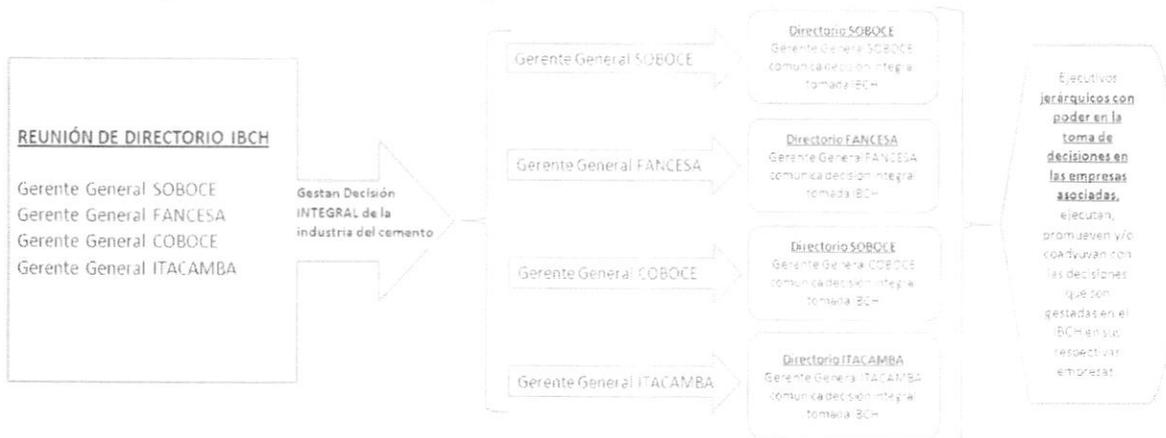
³⁰ Acta No.28 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 28 de octubre de 2001





conforma su directorio), son posteriormente canalizadas por estos a sus empresas miembros, donde el personal jerárquico, se ocupa de coadyuvar, promover y/o ejecutar las mismas.

Flujograma N° 1 Flujo de la información gestada en el IBCH con sus asociadas



Fuente: Elaboración propia en base a Actas de Reunión de Directorio del IBCH y Directorio de empresas cementeras

En resumen, en base a lo señalado en los puntos anteriores queda **demostrado el conocimiento por parte del IBCH de las decisiones de carácter vinculante e integrador que se tomaron en dicho instituto y que fueron replicadas por sus asociadas**, así como, **la causalidad** de las decisiones expresadas en actas de las empresas FANCESA y COBOCE (presentadas por la AEMP Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013) en las que se señala de manera expresa al IBCH como el agente en el que se gestaron dichas decisiones y que con ello **facilitó a sus asociadas la comisión de prácticas anticompetitivas**.

Por otra parte, quedan **desvirtuados** los argumentos presentado por el IBCH según los cuales, dicho instituto desconocía las decisiones tomadas por los Directorios de sus asociadas y la no causalidad entre las decisiones expresadas en actas de sus asociadas y el IBCH.

3.3.3. De las dudas del IBCH respecto al Acta N° 11-2000 de FANCESA

El IBCH rescata en su memorial de descargos un extracto del acta de Reunión de Directorio de la empresa FANCESA citada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, mismo que se cita a continuación:

- "Se generan indicios de un intercambio de información sensible y de carácter estratégico realizado en las reuniones del IBCH, al realizar una

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"





lectura de sus actas de reuniones en las cuales figura el intercambio de información relativa a proyectos de inversión, licitaciones, etc."

Posteriormente el IBCH señala: "Sin embargo, en el siguiente párrafo la AEMP hace referencia, no a un acta del Instituto, sino al Acta N° 11-2000 de FANCESA, en la cual se recomienda precaución con el tratamiento de los proyectos especiales y se solicita un mejor control a los distribuidores para evitar problemas que distorsionen el acuerdo. Observamos que no existe relación directa de causalidad entre el acta de FANCESA, el IBCH y el intercambio de información, y por mucho que el acta de FANCESA, no del IBCH, se refiera a un acuerdo (no se señala qué tipo de acuerdo), ésa es un acta del 2000, año en el que las conductas anticompetitivas no estaban tipificadas. Debemos añadir, además, que no existen pruebas de que ese presunto acuerdo se mantuviera vigente por diez años, como temerariamente presume la AEMP".

De los argumentos anteriores, se pueden rescatar tres elementos principales:

- i. El IBCH no observa la relación de causalidad entre el acta de FANCESA y el intercambio de información.
- ii. No se señala a qué tipo de acuerdo se hace alusión.
- iii. Según el IBCH, no existen pruebas de que el acuerdo se mantuviera vigente por diez años.

Con la finalidad de despejar las dudas del IBCH respecto al primer punto (i), a continuación se procede a complementar el análisis realizado por la AEMP, en base a extractos del Acta N° 11-2000 de la empresa FANCESA.

Gráfico N° 3
Miembros del Directorio que suscribieron
Acta N° 11-2000 FANCESA



Fuente: Actas FANCESA



0638

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"





Una revisión del Acta N° 11-2000 de reunión de Directorio de la empresa FANCESA, en la que miembros del Directorio de dicha empresa **hacen alusión al intercambio de información realizado con las empresas cementeras en el IBCH**, permite evidenciar en su parte final la presencia del Sr. Gonzalo Arce Arancibia (Ver gráfico N° 3).

Como se pudo evidenciar en el Cuadro N° 1, el **Sr. Gonzalo Arce A. formaba parte del Directorio del IBCH** y fue el único que asistió en representación de FANCESA durante la gestión 2001, por lo tanto al estar **un miembro del directorio del IBCH en conocimiento del intercambio de información y acuerdo realizado entre empresas cementeras**, se demuestra que el IBCH se encontraba de igual manera en conocimiento de dicha situación y que dio su consentimiento.

Complementando el análisis anterior, en Acta N° 07-2001 de FANCESA se señala que:

- *“...Fancesa debe tomar la determinación de la subida de precios antes de fin de mes para mejorar los ingresos y seguir **los lineamientos que se toman en las reuniones del IBCH, debiendo el Gerente General** asumir la responsabilidad de este ajuste de los ingresos en la fecha que vea más conveniente a los intereses de la empresa”.*

La cita anterior demuestra nuevamente que el Gerente General y Secretario del Directorio de FANCESA que ejercía como miembro del directorio del IBCH, **estaba en pleno conocimiento de los “lineamientos” e intercambio de información que eran tomados en dicho instituto**; los cuales posteriormente eran promovidos y ejecutados en la empresa asociada bajo responsabilidad del Gerente General de FANCESA, gracias al nivel jerárquico y capacidad de decisión de este.

Es evidente que de no haber estado de acuerdo el miembro del directorio del IBCH, con lo expresado tanto en Acta N° 11-2000 como en Acta N° 07-2001, este habría objetado los pronunciamientos que eran emitidos por el Directorio de FANCESA. Sin embargo, el miembro del directorio del IBCH lejos de objetar los puntos que hacen referencia al rol facilitador del IBCH en la comisión de prácticas anticompetitivas, los valida de manera tácita al firmar las mencionadas actas.

Por lo tanto, queda **demostrada** la causalidad entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en



0637

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”





pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.

Respecto al segundo punto (ii), según el cual el texto presentado por la AEMP no señala a qué tipo de acuerdo se hace referencia, corresponde complementar lo expuesto por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, con el texto previo presente en la misma Acta N° 11, el cual señala:

- ***“Lic. Doria Medina indica que el acuerdo horizontal del sector sobre los precios, si bien tiene sus dificultades, se debe tratar de mantener en el largo plazo ya que mejora de muy buena manera los ingresos del sector que durante los últimos años estuvo deprimido.***

*El Director Vilar recomienda que se tenga precaución con el tratamiento de los **Proyectos Especiales, en los cuales las cementeras tienen participación**, ya que podrían distorsionar el mercado, **si ese cemento sale del control o uso que tenía originalmente**. También solicita un mejor control a los distribuidores para evitar problemas que distorsionen el acuerdo”.*

La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde se hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios del sector cementero** (es decir **un acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva**), sobre el cual **un miembro del Directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento**, como lo demuestra la rúbrica de este al final del Acta de FANCESA (ver gráfica N° 3).

Respecto al tercer punto (iii), según el cual no existen pruebas de que el acuerdo colusorio se mantuvo vigente hasta la gestión 2011, corresponde en primera instancia referirnos nuevamente al Acta N° 07-2001 de FANCESA, presentada en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013:

- ***“realizar ajuste de precios para compensar volúmenes con mejores ingresos, explica que SOBOCE por ejemplo (así como alguna otra empresa cementera) subió sus precios en 3 bolivianos desde algunos días pasados en La Paz y Tarija y 0.50 Cts. en Santa Cruz, debiendo de acuerdo a los convenios de las reuniones del IBCH FANCESA también subir sus precios antes de fin de mes, está subida mejorará los ingresos para el resto de la gestión y se cumpliría con las políticas asumidas ya a principios de gestión respecto de compensar los bajos volúmenes de ventas con ingresos mejorados por los ajustes periódicos de precios”.***



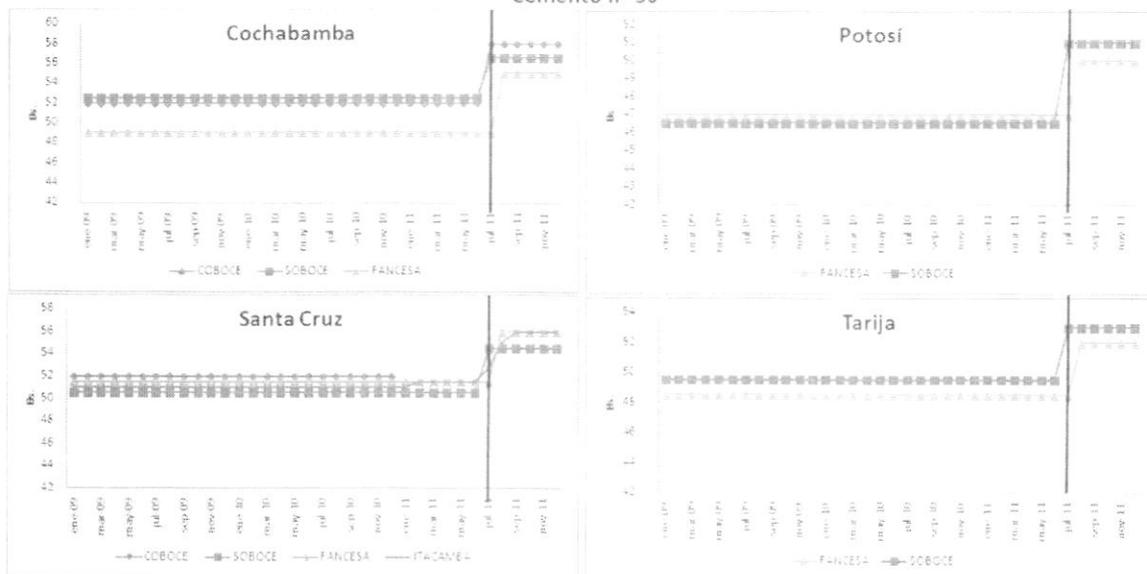
0636

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



De manera expresa el acta de la empresa FANCESA señala que en el marco del acuerdo colusorio determinado en las reuniones del IBCH, la empresa FANCESA debe incrementar sus precios de venta en el plazo aproximado de un mes de que la empresa SOBOCE incrementó los suyos, ello para eliminar la competencia entre empresas rivales y con ello "compensar los bajos volúmenes de ventas con ingresos mejorados por los ajustes periódicos de precios", es decir que los acuerdos realizados en el IBCH generan ventajas a las empresas asociadas y facilitan la comisión de prácticas anticompetitivas, además de coordinar el inicio de ejecución de estas actividades.

Gráfico N° 4
Evolución precios del cemento, Bolivia (2009-2011)
Cemento IP-30



Fuente: Elaboración Propia en base a datos cementeras, presente en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012

Un resumen de los gráficos presentados en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, correspondientes a la evolución de precios del cemento en los departamentos de Cochabamba, Santa Cruz, Potosí y Tarija durante el periodo 2009 a 2011 (ver gráfico N° 4), permite evidenciar de manera irrefutable que la empresa FANCESA incrementó sus precios de venta en los mencionados departamentos, un mes después de que SOBOCE incrementara los precios de venta de sus productos, coincidente con "los convenios de las reuniones del IBCH", citados en Acta N° 07-2001 de FANCESA. Este incremento de precios realizado por la empresa FANCESA, aproximadamente un mes después del incremento realizado por SOBOCE, demuestra que el acuerdo colusorio iniciado el 2001 en el IBCH por el sector cementero, se mantuvo vigente hasta la gestión 2011 con similares características a las estipuladas el 2001.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

0635





Otro elemento que permite evidenciar el intercambio de información que facilitó a las empresas cementeras asociadas al IBCH, la comisión de prácticas anticompetitivas, es el Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH (citada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013), en la cual se hace referencia a la fijación de precios de venta de producto:

- "...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITACAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concretec, **a un precio mayor a fin de recuperar los altos costos de importación**".

La mencionada acta es prueba fehaciente de un intercambio de información entre competidores para la fijación de precios de venta de productos, información que es considerada de carácter privado a nivel empresarial y, por consiguiente, sensible entre competidores. Por lo tanto, **el acta N° 78 demuestra que en las Reuniones de Directorio del IBCH persistió el intercambio de información sensible entre competidores hasta la gestión 2011.**

Por lo tanto, **queda demostrada la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH, en base a pruebas fehacientes como lo son el análisis técnico de incremento de precios que corrobora el cumplimiento del acuerdo realizado en el IBCH aun durante el año 2011, así como, el acta N° 78 del IBCH que evidencia el intercambio de información sensible entre competidores.

Por otra parte, **queda desvirtuado** el argumento planteado por el IBCH según el cual, no existen pruebas de que el acuerdo colusorio se mantuvo vigente hasta la gestión 2011.

3.4. De la supuesta contradicción de la AEMP

De acuerdo al análisis realizado por el IBCH en su memorial de descargos la AEMP habría incurrido en una contradicción, toda vez que: "La AEMP indica en el punto 5.2.1. de la R.A. N° 041/2013 "que el intercambio de información sensible genera exclusión en el mismo mercado para los competidores no participantes, éstos se encuentran en una situación de desventaja competitiva". Al respecto, la AEMP ingresa en una contradicción pues afirma que los miembros del IBCH intercambian información, siendo todos los miembros del IBCH actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia, y al no estar excluidos ninguno de ellos y ninguna otra persona natural o jurídica del acceso a esta información, pues como se explicó anteriormente la información es de naturaleza



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



pública y abierta, ningún actor o tercero se encuentra en situación de desventaja competitiva”.

El argumento anterior planteado por el IBCH, se basa en los supuestos que:

- i. Todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto.
- ii. Al ser la información de naturaleza pública y abierta, ningún actor o tercero se encuentra en situación de desventaja competitiva.

3.4.1. Respecto a que todos los actores tienen acceso a la información que se intercambia en el IBCH

Es preciso resaltar el análisis parcial realizado por IBCH en lo referente a que todos los actores tienen acceso a la información que se intercambia en dicho instituto, toda vez que el análisis se centra únicamente en el acceso a la información que tienen las empresas que se encuentran operando en el mercado (incumbentes), sin embargo omite un aspecto esencial en materia de Defensa de la Competencia, como lo es el acceso a la información que no tienen los **competidores potenciales**, es decir las posibles empresas entrantes al mercado.

La importancia de los entrantes potenciales en Materia de Defensa de la competencia, se debe al rol de estos agentes económicos para disciplinar a los incumbentes en caso que éstos pretendan incrementar los precios de manera indiscriminada.

De acuerdo a Massimo Motta (2003), *“debido a que es muy poco probable que una empresa entrante pueda competir en igualdad de condiciones con un incumbente establecido, un agente regulador usualmente supervisa la industria para tratar de asegurar que existe una suave transición hacia un funcionamiento regular de la competencia en el mercado”*³¹, es en ese sentido que la AEMP precautelando el regular funcionamiento de la competencia en el mercado del cemento, evidencia la desventaja competitiva en la que se encontrarían los competidores potenciales frente las empresas incumbentes que se encuentran intercambiando información sensible en el IBCH.

Por lo tanto, el argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser**



³¹ Traducción del texto original: *Since it would be unlikely that entrants could compete on an equal footing with an established incumbent, a regulatory body usually supervises the industry to try and ensure a smooth transition towards a regular functioning of competition in the market.* Competition Policy: Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (pag. 15)



parcial e incorrecto, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.

3.4.2. Respecto a que la información intercambiada en el IBCH es de naturaleza pública

El IBCH hace referencia a la información que es publicada en su página web, como si esta fuera la única información que es intercambiada en el IBCH, sin embargo omite otro tipo de información que es intercambiada por las empresas asociadas en el seno del IBCH que no es publicada en las estadísticas de su página web.

Por ejemplo información de los proyectos carreteros a los que hace seguimiento el IBCH que son distribuidos entre las empresas asociadas, Precios, proyectos de Inversión, estudios de mercado³².

Prueba de que los proyectos carreteros son utilizados como herramienta de compensación vía reuniones en el IBCH, se evidencia en Acta de FANCESA N° 03 de fecha 3 de agosto del 2001, en la cual se señala:

- *“Se comenta igualmente por parte del Lic. Vilar que **Soboce debe compensar a Fancesa, intermedio el Proyecto Comarapa, el cemento que dejaría de vender en el Proyecto Oruro Toledo una vez que este sea adjudicado al consorcio que formó Soboce.***

Lic. Doria Medina indica que Soboce en los acuerdos intermedio IBCH ya comprometió compensar a Fancesa 35.000 bolsas por diferencias en el mercado de Santa Cruz, dejando para más adelante y cuando ya el Proyecto Oruro Toledo sea adjudicado, el compensar la participación de Fancesa en dicho proyecto”. (las negrillas son nuestras)

Esta situación que permite ajustar las desviaciones a la **distribución de participaciones de mercado**, es posible gracias al monitoreo que realiza el IBCH a los distintos proyectos carreteros, como se evidencia en Acta N° 31 de Reunión de Directorio del IBCH de 4 de julio de 2002, en la cual un Director del IBCH “...dio una breve explicación acerca de 19 proyectos que están siendo **Monitoreados** por el IBCH”. (las negrillas son nuestras)

Este tipo de información es intercambiada en el Seno del IBCH y es de conocimiento **exclusivo de las empresas asociadas**, generando el IBCH con ello

³² ACTA No. 25 de fecha 10 de abril del 2001, ACTA No. 26 de fecha 15 de mayo del 2001, ACTA No. 35 de fecha 1 de julio del 2003, ACTA No. 70 de fecha 5 de febrero del 2010, ACTA No. 75 de fecha 12 de noviembre de 2010, ACTA No. 77 de fecha 14 de enero del 2011, ACTA No. 78 de fecha 21 de febrero del 2011, ACTA No. 80 de fecha 21 de abril del 2011.

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo





una ventaja en favor de terceros y facilitando la comisión de prácticas anticompetitivas.

Consiguientemente, queda demostrado que no toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto, no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH quienes se encuentran en desventaja competitiva frente a los miembros del acuerdo.

En base al análisis de los dos puntos anteriores, **se desvirtúa** el argumento planteado por el IBCH según el cual, la AEMP habría incurrido en una contradicción al señalar: *"que el intercambio de información sensible genera exclusión en el mismo mercado para los competidores no participantes, éstos se encuentran en una situación de desventaja competitiva"*.

3.5. Respecto al tipo de información que es intercambiada en el IBCH

El IBCH rescata de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 un extracto en el cual se detalla que es lo que se entiende por información comercial, posteriormente realiza una comparación con la información que es publicada en su página web, para concluir señalando que: *"...la AEMP también menciona otros tipos de información que no son de conocimiento, ni centraliza, ni divulga el IBCH como ser: "costos de producción, costos de distribución, detalle sobre compras, política de descuentos y comisiones, contratos con proveedores, contratos con distribuidores, clientes u otros agentes, información sobre clientes, políticas y estrategias comerciales, estudios de mercados y proyectos de inversión", por tanto, queda demostrado que la AEMP realiza suposiciones sin Otener un claro conocimiento de que la estrategia competitiva está determinada por más de una variable, y no sólo en dos variables como son capacidades y ventas"*.

Al respecto, de ninguna manera puede considerarse como una condición necesaria para demostrar que el IBCH intercambia información sensible (como lo pretende hacer ver el IBCH), el que se presente la totalidad de los tipos de información comercial citada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, es decir, que el análisis realizado por la AEMP respecto a las capacidades y ventas es suficientemente válido, ya que el listado presentado por la AEMP permite identificar los tipos de información que son consideradas de carácter sensible desde el punto de vista comercial.

En otras palabras, el argumento del IBCH según el cual la AEMP fundamenta su análisis de intercambio de información sensible únicamente en dos variables, resulta nuevamente parcial e incorrecto. Sin embargo, con la finalidad realizar



0631

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



mayor abundamiento el análisis realizado por la AEMP, resulta pertinente analizar la información sensible que es intercambiada en las Reuniones de Directorio realizadas en el seno del IBCH, de conocimiento únicamente de las empresas asociadas y que no es divulgada para terceros ajenos al instituto.

3.5.1. Intercambio de información sensible en Reuniones de Directorio del IBCH

A continuación se procede citar Actas de Reunión de Directorio del IBCH en las cuales se hace referencia a: Descuentos, clientes, estudios de mercado y proyectos de inversión, información que pese a ser considerada sensible es intercambiada entre las empresas asociadas al IBCH y que no es publicada ni llega a ser de conocimiento de terceros, poniéndolos en una evidente desventaja competitiva a estos últimos.

ACTA No. 25 de fecha 10 de abril del 2001

Descuentos:

“El Lic. Arce destacó la importancia del proyecto para Sucre y el compromiso de FANCESA de ofrecer un precio promocional para el tramo en cuestión que cuenta con el decidido apoyo de la Prefectura”.

ACTA No. 26 de fecha 15 de mayo del 2001

Precios:

“El Lic. Núñez indicó que no tenía observaciones al presupuesto pero que estaría de acuerdo si el IBCH realizaba además una investigación estadística de precios y despachos de los últimos 5 años”.

ACTA No. 35 de fecha 1 de julio del 2003

Descuentos:

“El Lic. Gumucio expresó que sería fundamental proponer una alianza estratégica, estudiar precios preferenciales siempre y cuando exista, de parte del Gobierno, una política coherente de construcción de carreteras durables y con materia prima nacional”.

ACTA No. 70 de fecha 5 de febrero del 2010

Proyectos de inversión:



0630

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”





“El Lic. Dos Santos señaló que sería importante que las empresas den a conocer sus planes de ampliación...”

Cientes:

“Seguidamente, el Ing. Alfaro explicó una serie de acciones para lograr que la ABC licite el tramo La Paz - Oruro con pavimento rígido...”

ACTA No. 75 de fecha 12 de noviembre de 2010

Estudios de mercado:

“El Lic. Gumucio indicó que se anunciaba el Presupuesto de Inversión Pública con un monto de 2,400 millones de dólares y encargó al IBCH realizar un análisis de las probables inversiones gubernamentales en construcción de grandes obras...”

ACTA No. 77 de fecha 14 de enero del 2011

Proyectos de inversión:

“Los directores encargaron al IBCH preparar un cuadro con la capacidad actual y ampliaciones futuras programadas por la Industria...”

ACTA No. 78 de fecha 21 de febrero del 2011

Proyectos de inversión:

“En primera instancia, cada empresa informó sobre el estado real de los proyectos de ampliación a fin de poder introducir estos valores en el modelo preparado por el IBCH para tal efecto”.

Precios:

“...considerando las dificultades de transporte, señaló que ITACAMBA podría proveer cemento para Ready Mix y Concrettec, a un precio mayor a fin de recuperar los altos costos de importación”.

ACTA No. 80 de fecha 21 de abril del 2011

Proyectos de inversión

“En este sentido, el Ing. Ramírez señaló que esperan terminar en Junio 2012 su ampliación, pero que les preocupa también la necesidad de gas ya que



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

0629





probablemente tengan que hacer una acometida desde un nuevo punto denominado "wayñacota". El Ing. Del Carpio indicó que en FANCESA esperan habilitar el horno Kawasaki para el próximo año. Por su parte, el Lic. Sánchez indicó que se trabaja en una optimización de la planta de Viacha, que se han cambiado más de 5km de tubería en el gasoducto y esperan incrementar la presión pero que hasta el momento no han logrado trabajar con capacidad plena".

Estudios de mercado:

"Volviendo a la necesidad de contar con un estudio del sector, el Ing. Capela sugirió contratar una empresa como Price..."

3.5.2. Intercambio de información relativa a clientes

Como se determinó en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, según Acta N° 07-2001 de FANCESA, en la que estuvo presente un Director del IBCH:

- "El Presidente de Directorio así como el Directorio recomiendan que **de una vez se debe implementar en el IBCH la central informativa de riesgos sobre los clientes y casos conflictivos de deudas y mora que tienen las empresas cementeras...**"

El párrafo hace referencia a que se busca que en el IBCH inclusive se llegue a intercambiar información sensible correspondiente a los clientes y acreencias de cada una de las empresas asociadas.

Por lo tanto, en base los extractos de las distintas actas tanto del IBCH como de la empresa FANCESA (en la que estuvo presente un Director de dicho instituto), se puede evidenciar un intercambio de **información comercial sensible**, por parte de las empresas asociadas al IBCH, información que no es publicada en su página web, que tampoco es de conocimiento de terceros ajenos al IBCH y que genera un ventaja competitiva a favor de las empresas miembros de dicho instituto, relativa a:

- Precios
- Descuentos
- Proyectos de inversión
- Clientes
- Estudios de mercado

Finalmente, prueba de que la información intercambiada en el IBCH a la que únicamente tienen acceso sus asociadas, es considerada por dicho instituto como



0621

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



de carácter sensible (confidencial) que debe ser mantenida alejada de terceros, se hace evidente cuando dicho instituto mediante nota CITE: GG/047/2013 de fecha 11 de marzo de 2013, solicita "...disponer mediante resolución expresa la reserva de todo este procedimiento" respecto a las Actas de Reunión de Directorio solicitadas por la AEMP, reserva que es reiterada posteriormente mediante por el IBCH mediante nota CITE: GG/063/2013.

Por lo tanto, queda demostrado que el IBCH además de la información publicada es su página web que fue analizada por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, también intercambia otros tipo de información comercial sensible que no es de conocimiento de terceros ajenos a dicho instituto.

3.6. De los fines lícitos e ilícitos de la información estadística en materia de Defensa de la Competencia

El IBCH da a entender que toda vez que en sus Estatutos se señala como un objetivo principal el "recolectar información estadística sobre la industria del cemento y sus derivados", posteriormente procede a equipararse con el Instituto Nacional de Estadística, para concluir su análisis de indicando que "Si esto no fuera lícito, seguramente la siguiente entidad a la que la AEMP acusaría de prácticas anticompetitivas podría ser el Instituto Nacional de Estadísticas (INE)".

Al respecto, referimos nuevamente a lo señalado por la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, sobre el hecho de que "...organismos públicos deben presentar información en los términos más amplios posibles, es decir de forma **agrupada (agregada)**, no de forma detallada (desagregada)", ello debido al carácter sensible de la información, por lo tanto, tratar de equipar la información desagregada e individualizada publicada por el IBCH con la información agregada que es publicada por el INE, resulta impertinente.

En su elaboración de descargos el IBCH copia de la página web del estudio jurídico español *Le Quid The J. Dutilh Bussiness Law Firm* <http://lequid.es/blog/2013/03/asociaciones-empresariales-intercambio-de-informacion-limites-por-las-normas-de-proteccion-de-la-competencia/>, jurisprudencia de la Comunidad Europea con la que pretende dar a la información estadística un carácter lícito *per se*:

- a) "La Comisión Europea señaló, en su Comunicación de 1968 relativa a la Cooperación entre empresas lo siguiente: Los acuerdos cuyo único objetivo sea conseguir en común aquellas informaciones **que las empresas**



0627

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"





precisan para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado, o recurrir individualmente a un organismo consultivo común, no tienen por objeto o efecto restringir la competencia."

- b) En el expediente Fecavem, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) señalaba que "las normas de defensa de la competencia no contradicen o impiden la aplicación y desarrollo de la ciencia estadística. La elaboración de estadísticas, **siempre por supuesto que se realice de conformidad con los principios y reglas de esta disciplina científica**, es una conducta lícita que no precisa autorización alguna porque no es un acuerdo sobre precios".

Por su parte, Caries Esteva Mosso, Director de Política de la Competencia (DG de Competencia - Comisión Europea), afirma en El Análisis de los intercambios de información que: "los intercambios de información entre competidores presentes en gran número de mercados **a menudo** son pro-competitivos y aumentan la eficiencia en el mercado", y señala como objetivo importante "no desalentar los intercambios de información procompetitivos" Por tanto, el intercambio de información por sí solo no implica, necesariamente, un efecto restrictivo de la competencia y no puede considerarse ilícito".

Es preciso hacer énfasis en el hecho de que la legislación extranjera citada por el IBCH de ninguna manera otorga un carácter de licitud per se al intercambio de información entre agentes competidores, sino que este intercambio de información está sujeto a una valoración por parte de las autoridades de Defensa de la Competencia de los distintos elementos que permiten identificar si esta información facilita posibles coordinaciones entre empresas rivales que restrinjan la competencia.

Una lectura completa del artículo expuesto por el estudio de abogados del cual el IBCH copia estos argumentos, pero al cual no cita como fuente, permite evidenciar que el análisis resulta estar incompleto y sesgado. Por lo tanto, con la finalidad de completar el análisis realizado por el IBCH, corresponde analizar en su totalidad dicho artículo y determinar los límites que de acuerdo a la Comunidad Europea, se debe tener al momento de intercambiar información estadística.

3.6.1. Límites en el intercambio de información

Según la normativa europea rescatada por el IBCH, existen "elementos claves" que permiten distinguir si un intercambio de información es permitida o si debe ser perseguida por las autoridades de Defensa de la Competencia, estos elementos que fueron intencionalmente omitidos por el IBCH son:



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

a) Estructura del mercado:

Según la Comisión Europea, a **mayor grado de concentración**, mayor riesgo de que el intercambio de información facilite la coordinación de comportamientos entre competidores y, a sensu contrario, a menor grado de concentración, menor riesgo de incurrir en prácticas anticompetitivas.

b) Características de la información que se recopila y difunde:

Se considera especialmente **delicado el intercambio de información sobre precios de venta, descuentos, costes de producción o estrategias comerciales entre otros (secretos de negocio)**, no así la información sobre otros aspectos.

- Los datos que se presentan de forma individualizada serían mucho más “peligrosos” que aquellos que se presentan de forma global o agregada.
- Es preferible que la información sea de tipo histórico a que se refiera a previsiones de futuro.
- Los intercambios periódicos mensuales o trimestrales podrían entrañar mayor riesgo que aquellos que se emiten de forma puntual o sobre una base anual.
- Para las autoridades de competencia resulta menos “sospechoso” que la recopilación de la información la realice un tercero independiente.
- Que los datos que se den a conocer se hagan públicos, reduce el riesgo de identificación de conductas anticompetitivas, según cada caso”.

3.6.1.1. Estructura de mercado

Según estudios realizados por la AEMP incorporados en el análisis de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012, el mercado de producción y comercialización de cemento en Bolivia se encuentra **altamente concentrado** (Índice Herfindhal-Hirschman 3590), por lo tanto, **presenta un mayor riesgo de que el intercambio de información facilite la coordinación de comportamientos entre competidores.**

3.6.1.2. Características de la información que recopila y difunde el IBCH

Las empresas asociadas al IBCH intercambian información sobre precios, descuentos, proyectos de inversión, estudios de mercado y clientes entre otros

(ver punto 3.5.2.), elemento que es especialmente delicado de acuerdo a la legislación rescatada por el IBCH.

3.6.1.2.1. Centralización y publicación de datos desagregados

“Los datos que se presentan de forma individualizada serían mucho más “peligrosos” que aquellos que se presentan de forma global o agregada”.

Los datos que son presentados y publicados por el IBCH son presentados en forma **individualizada y desagregada**, es decir, que según la legislación citada por el propio IBCH como descargo, la información publicada por dicho instituto es **mucho más peligrosa para facilitar la coordinación entre competidores**.

Como lo determinó la AEMP en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013: *“En el caso del IBCH, se generan indicios de que las empresas miembros realizan un seguimiento de las cuotas de mercado acordadas mediante un acuerdo colusorio, toda vez que en el IBCH se encuentra disponible información relativa a volúmenes de ventas anuales por departamento, de manera libre, irrestricta y **desagregada**.”*

La información de volúmenes de ventas anuales por departamento presente en el IBCH, es fácilmente convertible a participaciones de mercado por departamento, permitiendo evidenciar posibles variaciones en las posibles cuotas de mercado asignadas de todas las empresas miembros de un cartel y de esta manera realizar “ajustes” de manera que aquellas empresas que vendieron por encima de sus cuotas de ventas establecidas durante un año, reduzcan sus ventas el año venidero”.

La necesidad de las empresas asociadas al IBCH de tener acceso a información **desagregada que facilita la coordinación entre competidores**, se hace más evidente cuando en Acta N° 32 de Reunión de Directorio del IBCH de fecha 19 de agosto de 2003, *“El Ing. Alfaro propuso considerar algún mecanismo para **desagregar los datos de ventas de cemento, considerando rubros como vivienda, infraestructura, pavimentos y otros (...)** El Lic. Dos Santos puntualizó que en Brasil se controlaba 5 rubros y que averiguaría la forma en que se realizaba esta estadística”.*

Por lo tanto, se evidencia que el IBCH centraliza y publica información **peligrosa que facilita la coordinación entre competidores**.

3.6.1.2.2. Información sobre inversiones futuras

“Es preferible que la información sea de tipo histórico a que se refiera a previsiones de futuro”.



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



Toda vez que el IBCH realiza el intercambio de información de capacidades futuras de producción y proyectos de inversión (ver punto 3.5.1.), se evidencia que dicho instituto intercambia información que es considerada peligrosa pues esta facilita la coordinación entre competidores.

3.6.1.2.3. Frecuencia en el intercambio de información del IBCH

“Los intercambios periódicos mensuales o trimestrales podrían entrañar mayor riesgo que aquellos que se emiten de forma puntual o sobre una base anual”.

Una mayor frecuencia en la remisión de la información estadística individualizada por parte de las empresas cementeras asociadas al IBCH, es un elemento que debe ser valorado como una herramienta que facilita la coordinación entre empresas competidoras, puesto que esta permite realizar ajustes a posibles desviaciones que se evidencien en los acuerdos de participaciones de mercado.

Una prueba de que las empresas asociadas al IBCH otorgan una importancia desmesurada, propia de un cartel que realiza el monitoreo y control de un acuerdo de distribución de participaciones de mercado, se evidencia en el Acta de reunión de Directorio del IBCH N° 22 de fecha 5 de junio de 2000, cuando los **Directores del IBCH en consenso** señalan que esta información debe ser procesada de forma mensual y remitida máximo hasta el 15 de cada mes:

*“El Lic. Dos Santos se refirió a una solicitud de COBOCE para que el procesamiento de datos estadísticos sea trimestral, aspecto que fue discutido por los Directores, definiendo por consenso que **las estadísticas continúen procesándose en forma mensual y que las fábricas entreguen la información hasta el 15 de cada mes a mas tardar**” (las negrillas son nuestras).*

Una prueba más de la búsqueda por disponer de información en **el menor tiempo y con la mayor veracidad y actualidad posible**, viene descrita en Acta de Reunión de Directorio del IBCH N° 84 de fecha 2 de abril del 2012, cuando se señala que: *“El Directorio revisó y comentó la información estadística generada por el Instituto. Especial atención mereció la elevada cifra de importaciones de cemento Yura que se ha podido obtener del INE y del IBCE. Se añadió una casilla para “otros importadores” a fin de reflejar de manera correcta esta situación, a pesar de que estos **datos no son ágiles y por tanto se reflejarán con un mes de desfase**” (las negrillas son nuestras).*

El hecho de que el IBCH busque intercambiar y procesar información, en el menor tiempo posible (mensual) y con la mayor precisión posible, representa **mayor riesgo** en materia de Defensa de la Competencia, puesto que **facilita la coordinación entre competidores**, al otorgar cada mes a las empresas

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

0623

36 de 61





asociadas en el IBCH información sensible y desagregada de todos sus competidores que **facilita ajustar desviaciones en las participaciones de mercado de un cartel y de esta manera mantener las cuotas de participación estables** (ver gráfico N° 1).

Situación distinta a la información publicada por el Instituto Nacional de Estadística, o aquella que es publicada por la Comunidad Andina en sus respectivas páginas web³³, la cual es **agregada y anual**.

3.6.1.2.4. Recopilación de información por entidades independientes

“Para las autoridades de competencia resulta menos “sospechoso” que la recopilación de la información la realice un tercero independiente”.

Resulta riesgoso el hecho de que información individualizada y desagregada, remitida de manera mensual al IBCH por sus empresas asociadas, esté a disposición y sea analizada por un Directorio que se encuentra en un evidente conflicto de intereses pues se encuentra conformado por **altos ejecutivos de las mismas empresas competidoras** (Primordialmente Gerentes Generales) y no por personal técnico.

Situación distinta a la que se presenta con el Instituto Nacional de Estadística o con la Comunidad Andina (CAN), que presentan datos agregados de la industria del cemento analizados por terceros independientes.

3.6.1.2.5. Publicación de información por parte del IBCH

*“Que los datos que se den a conocer se hagan públicos, reduce el riesgo de identificación de conductas anticompetitivas, **según cada caso**”.*

El hecho de que se hagan públicos los datos desagregados que son centralizados en el IBCH, no otorga un carácter lícito a los mismos. Ello debido a que en algunos casos miembros de un cartel han procedido a hacer pública información sensible, por medio de revistas especializadas o mediante la prensa, con la finalidad de anunciar a la competencia de alguna decisión a ser tomada por la empresa, que debía ser considerada por los miembros del cartel.

Un ejemplo de que no en todos los casos la publicación de la información reduce el riesgo de conductas anticompetitivas, es detallada por Dumez & Jeunemaitre (2000) sobre el cartel del cemento de Arizona, Estados Unidos que se inició el año 1976 y persistió a lo largo de un periodo de 10 años, los citados autores señalan que: *“El canal principal usado para el intercambio de información es a través de*

³³ (INE) <http://www.ine.gob.bo/indice/general.aspx?codigo=40107>

(CAN) <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/indimen.htm>





revistas de la industria. En la industria del cemento de Estados Unidos, los dos principales diarios son Rock Products y Pit an Quarry. Estos revelaban información sobre programas de inversión que se encontraban en progreso, procesos tecnológicos disponibles y por lo general, la situación económica del mercado”.³⁴

De acuerdo a los mismos autores, reconocidos consultores que previamente trabajaron en empresas cementeras eran quienes primordialmente participaban en estos análisis, posteriormente “las recomendaciones, diagnósticos y análisis de estos consultores eran examinados por las empresas cementeras, e impactaban en su toma de decisiones. Esto contribuía a la armonización de opiniones al interior de la industria”³⁵.

Por lo tanto, el hecho de que el IBCH haga pública la información desagregada de sus asociadas, no es sinónimo de que no se realicen prácticas anticompetitivas y por el contrario se demuestra que según la legislación europea rescatada por el IBCH, la información intercambiada por empresas miembros del IBCH es aquella utilizada por miembros de un cartel para realizar un monitoreo a las participaciones de mercado y con ello realizar ajustes a la brevedad posible.

3.7. Datos estadísticos de la industria del cemento que son publicados en entidades distintas al IBCH

El IBCH da a entender que los datos estadísticos que son publicados en su página web estarían siendo publicados por otras entidades, entre las que cita al INE, a la CAN y concluye indicando que: “Con todo esto demostramos que la AEMP se equivoca al pretender indicar que la publicación estadística de información del IBCH sea por sí misma una práctica anticompetitiva”.

En lo que respecta a la información que publicaría el INE, el IBCH señala que esta información se encontraría “desagregada” por producción, ventas y consumo, afirmación alejada de la realidad, puesto que de una simple revisión a la información publicada en el INE, permite evidenciar que se publica volúmenes de

³⁴ Traducción del texto original: “The main channel used for information exchange is through industry magazines. In the US cement industry, the two main journals are Rock Products and Pit and Quarry. They disclose information on investment programmes that are in progress, available technological processes, and more generally, the economic situation of the market”. Understanding and Regulating the Market at a Time of Globalization, Dumez & Jeunemaitre, 2000 (pag.41)

³⁵ Traducción del texto original: “The advice, diagnostics, and analysis of these consultants is examined by cement companies, and impacts on their decision making. This contributes to the harmonization of opinions within the industry”. Understanding and Regulating the Market at a Time of Globalization, Dumez & Jeunemaitre, 2000 (pag.41)





producción, ventas y consumo anuales, de la Industria Manufacturera, entre las cuales también está la industria del cemento (ver gráfico N° 5), es decir que la información se encuentra agregada y de ninguna manera se llega a desagregar los datos de producción y ventas de cemento en forma individual y por departamento, como lo realiza el IBCH.

Gráfico N° 5 Información estadística agregada publicada en el INE

INDUSTRIA MANUFACTURERA

Cobertura Geográfica: BOLIVIA

Temática: VOLUMEN DE PRODUCCION

Desagregación: POR PERIODO, SEGUN PRINCIPALES PRODUCTOS

Periodicidad: ANUAL

Periodo: 1990 a 2001

Cuadro: 4010704

Continuar

BOLIVIA: VOLÚMEN DE PRODUCCIÓN DE LA INDUSTRIA MANUFACTURERA POR AÑO SEGÚN PRINCIPALES PRODUCTOS								
DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Mantequilla	Kilogramo	341 563,00	490 172,00	474 480,00	575 950,00	616 958,00	603 700,00	591 000,00
Leche Pasteurizada	Litro	27 895 545,90	30 283 578,62	33 756 426,89	35 502 113,00	37 496 848,00	35 004 290,00	39 700 000,00

Fuente: <http://www.ine.gob.bo/indice/general.aspx?codigo=40107>

De igual manera, una revisión de la información estadística elaborada por la CAN en base a información proporcionada por el IBCH, permite evidenciar que dicha información es presentada de manera agregada como un total anual de la industria cementera (ver cuadro N° 3), de ninguna manera se llega a desagregar los datos de producción y ventas de cemento en forma individual y por departamento, como lo realiza el IBCH.



Cuadro N° 3
Información estadística agregada publicada por la CAN

PRODUCCION DE CEMENTO

Año	Mes	Miles de toneladas					Tasas de Variación Mensual					Tasas de Variación Anual				
		CAN	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	CAN	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	CAN	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
2010		25524	2414	9489	5286	8298						6,3	5,4	2,5	-0,3	15,8
2011		27640	2658	10777	5706	8499						8,3	10,1	13,6	7,9	2,4
2012		29486	2714	10959	6026	9786						6,7	2,1	1,7	5,6	15,1
	Feb	2188	196	884	395	710	-5,3	-13,3	-0,5	-12,8	-3,8	7,2	3,7	14,6	-4,8	7,3
	Mar	2499	217	998	497	787	15,4	10,7	15,5	25,8	10,8	6,3	9,6	-0,8	9,5	13,6
	Abr	2211	207	850	434	720	-11,6	-4,6	-14,8	-12,7	-8,5	6,4	1,0	-0,1	6,1	18,2
	May	2392	234	919	487	752	8,2	13,0	8,1	12,2	4,4	5,3	12,0	-1,5	6,8	11,7
	Jun	2378	212	901	492	771	-0,7	-9,4	-2,0	1,0	2,5	8,8	4,4	4,4	3,4	20,1
	Jul	2509	225	908	522	854	5,6	6,1	0,8	6,1	10,8	7,2	-1,7	-2,2	4,6	24,7
	Ago	2598	197	940	557	904	3,5	-12,4	3,5	6,7	5,9	6,6	-13,2	0,2	4,7	22,0
	Sep	2578	280	891	520	897	-0,8	42,1	-5,2	-6,6	-1,9	5,7	15,2	-4,9	4,2	16,9
	Oct	2701	247	941	586	927	4,8	-11,8	5,6	12,7	4,5	7,5	-1,2	-0,8	12,9	16,8
	Nov	2595	234	931	562	868	-3,9	-5,3	-1,1	-4,1	-6,4	6,9	-2,9	3,8	11,3	10,7
	Dic	2578	239	948	521	868	-0,7	2,1	1,8	-7,3	0,0	2,4	-2,6	-1,3	3,6	7,7
2013	Ene	2475	254	804	537	860	-3,9	6,2	-15,2	3,1	1,4	8,3	12,3	-7,4	16,6	19,2
	Feb	2288	213	824	448	804	-7,6	-16,2	2,5	-16,6	-8,6	5,7	8,5	-4,7	13,4	13,3
	Mar	2485	229	930	500	826	8,6	7,6	12,9	11,6	2,7	-0,6	5,5	-8,8	0,6	5,0

Fuente: <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/indimen.htm>

Finalmente, respecto al argumento del IBCH según el cual la AEMP indica "... que la publicación estadística sea por sí misma una práctica competitiva", corresponde reiterar el análisis expuesto en el punto 3.6.1. del presente documento en el que se hace referencia a los límites en el intercambio de información entre empresas competidoras, así como el realizado en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 sobre el Acta N° 03-2001 de FANCESA de fecha 03 de Agosto de 2001, en la cual estuvo presente un miembro del Directorio del IBCH y no presentó objeción alguna:

"Respecto al tema de ventas, el Lic. Doria Medina indica que en la última reunión del IBCH se habría, analizado la posibilidad de que se tengan solamente dos empresas proveedoras de cemento por ciudad, excepto el caso de Santa Cruz donde operarían 3 cementeras, esta situación permitiría que cada empresa pueda de mejor manera controlar su área de ventas y coordinar únicamente con la otra empresa respecto de los controles de ventas".

El acta anterior permite demostrar el monitoreo y control realizado por las empresas asociadas al IBCH respecto a los volúmenes de ventas de los distintos departamentos del país. Evidentemente, monitoreo, control y el ajuste de los desvíos en las ventas, **es posible únicamente** si se dispone de información estadística con un nivel de desagregación que detalle volúmenes de, producción, ventas, capacidad instalada, capacidad ociosa, etc., precisamente el tipo de información desagregada que es centralizada y publicada por el IBCH, lo cual



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



corroborar el nivel de participación y facilitación que tuvo el IBCH en la consecución de las prácticas anticompetitivas de las empresas miembros del cartel del cemento.

Por lo tanto, queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se demuestra en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**

Por otra parte, se demuestra que los ejemplos presentados por el IBCH, mediante los cuales buscaba equiparar la información publicada por otras instituciones con aquellas publicadas por el IBCH, resultan ser **claramente erróneos y por tanto impertinentes.**

3.8. Respetto a la Incertidumbre y el secreto comercial entre competidores

El argumento del IBCH según el cual "...*queda claro que no existe "ausencia de incertidumbre", mas al contrario, existió "incertidumbre en el mercado" en relación a la demanda...*", **confunde** entre la incertidumbre propia del mercado (demanda) y la incertidumbre estratégica, resultado de decisiones estratégicas tomadas por las empresas en un mercado competitivo (ej. Desarrollo de nuevos productos, descuentos, precios, ampliación de capacidades, etc.).

De acuerdo a McGee (2005), "*la incertidumbre estratégica se ocupa de escoger el modelo económico correcto y de escoger la correcta estrategia lógica*"³⁶, la incertidumbre entre empresas rivales resulta ser entonces un elemento esencial en la interacción de estas en el mercado (*teoría de juegos*³⁷), que permite a las empresas obtener una ventaja competitiva.

Según el mismo autor, "*las empresas se comportan de manera estratégica cuando realizan actividades que buscan cambiar las expectativas de sus rivales. Una empresa puede reducir sus precios o significativamente*

³⁶ Copia original del texto: "*Strategic uncertainty is concerned with choosing the right business model and picking the right strategic logic*". The Blackwell Encyclopedia of Management Strategic Management, McGee, 2005 (pag. 376)

³⁷ Analiza situaciones en las cuales están representadas dos (o más) partes antagónicas que persiguen objetivos opuestos.





incrementar sus costos de publicidad cuando se ve amenazada por la entrada³⁸ en un intento de prevenir la entrada. Si estas son estrategias creíbles, pueden disuadir la entrada. Adicionalmente, la empresa puede establecer una reputación de comportamiento agresivo para enviar una señal a otros potenciales entrantes³⁹.

Por lo tanto, el desconocimiento (incertidumbre) de las distintas empresas de las estrategias comerciales de sus rivales y de la credibilidad de estas en el mercado, afectan directamente en el comportamiento de las demás empresas y en las decisiones que estas asuman. Las empresas miembros del IBCH dan a conocer información sobre **precios, descuentos, proyectos de inversión, clientes, estudios de mercado**, información que permite reducir la incertidumbre sobre las decisiones estratégicas de las asociadas en el mercado, desviando el comportamiento estratégico que existiría en competencia, a uno que facilita la colusión entre empresas que buscan maximizar beneficios conjuntos y ayudando a que persistan dichos acuerdos⁴⁰.

La AEMP resalta en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 la importancia del secreto entre competidores (haciendo alusión al **secreto comercial** que permite ganar posición en el mercado) como generador de incertidumbre que promueve la competencia, al señalar que:

*"El secreto entre productores es el puntal importante de una competencia activa, **mantener en secreto estrategias y acciones futuras** a tomar en el mercado tanto para descolocar a un competidor como para ganar posición en el mercado."*

El IBCH procede a realizar un análisis parcial del texto presentado por la AEMP con lo que llega a distorsionar su sentido, al señalar que: "La AEMP, paradójicamente, hace del secreto, no de la transparencia, una virtud, contra el fin mismo de sus funciones en la materia...". Sobre este argumento, cabe señalar que el IBCH al realizar un análisis parcial confunde el secreto comercial estratégico entre empresas que fue señalado por la AEMP, con temas de transparencia y ética, inclusive llega a dar a entender que la AEMP

³⁸ Entrada de una nueva empresa al Mercado.

³⁹ Traducción del texto original: "Firms behave strategically when they engage in activities intended to change their rivals' expectations. A firm may reduce prices or significantly increase advertising expenditures when threatened by entry in an attempt to prevent entry. If these are credible strategies, then entry may be deterred. In addition, the firm may establish a reputation for aggressive behavior to send a signal to other potential entrants". The Blackwell Encyclopedia of Management Strategic Management, McGee, 2005 (pag. 226)

⁴⁰ The Blackwell Encyclopedia of Management Strategic Management, McGee, 2005 (pag. 40)

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo





como parte de sus atribuciones debería promover el intercambio de secretos comerciales entre empresas rivales para cumplir con normativas de competencia, gobierno corporativo y con la Constitución Política del Estado

El IBCH por medio de este argumento pretende desconocer principios básicos en materia económica relativos al rol determinante que juega la incertidumbre estratégica entre empresas. Dentro de este contexto, al haber adoptado acciones contra la competencia, es lógico que el IBCH pretenda desconocer la incertidumbre estratégica como un elemento que promueve la competencia. De acuerdo a Véntsel (1977), *“la mayoría de los juegos que tienen importancia práctica no pertenecen a la clase de juegos con información perfecta puesto que la **incertidumbre** sobre las acciones del contrario es generalmente un elemento substancial en las situaciones de conflicto”*⁴¹.

Toda vez que entre las atribuciones de la AEMP no se encuentra el promover el intercambio de secretos comerciales entre empresas rivales, los argumentos presentados por el IBCH en ese sentido, resultan impertinentes.

4. Memorial del IBCH de 15 de julio de 2013

Mediante memorial de fecha 15 de julio de 2013, el IBCH ofrece y presenta prueba, que a su criterio desvirtuaría los cargos establecidos por la AEMP en contra de dicho instituto, según el siguiente detalle:

- Ni la decisión de importación de clínker en los años 2010 y 2011, ni la propuesta de ITACAMBA de importar cemento para las empresas concreteras emergieron de un acuerdo colusorio.
- El carácter técnico de los objetivos del IBCH.
- La producción de estadísticas constituye un objeto lícito y necesario para el país.

4.1. De la incorrecta interpretación del IBCH respecto a los cargos formulados por la AEMP

Según el IBCH, mediante memorial de 15 de julio de 2013 este instituto ofrece y presenta *“documentos y hechos que prueban que ni la decisión de importación de clínker en los años 2010 y 2011, ni la propuesta de ITACAMBA de importar cemento para las empresas concreteras ni otros actos reputados por la AEMP como anticompetitivos, emergieron de un acuerdo colusorio, sino de la escasez de cemento y clínker en el mercado”*.



⁴¹ Elementos, de la Teoría de los Juegos, E. S. Véntsel 1977 (pag. 10)





Mediante el párrafo anterior el IBCH señala que las pruebas presentadas buscan demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, como supuestamente lo habría calificado la AEMP.

Sin embargo, como lo señala la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, en el acápite correspondiente a la *subsunción de la acción*, los cargos formulados por la AEMP encuentran su fundamento en el rol **facilitador del IBCH** para que las empresas asociadas a dicho instituto cometiesen prácticas anticompetitivas de: **i) Incremento y fijación de precios, ii) fijación de cuotas de mercado y iii) distribución o imposición de espacios geográficos**. Esta identificación se encuentra debidamente detallada en la mencionada resolución de la siguiente manera:

“...la conducta del IBCH aparentemente habría incurrido en la obtención de ventajas o beneficios propiciando la comisión de las siguientes infracciones:

1. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. para efectivizar **el incremento y la fijación simultánea del precio del cemento**, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el **inciso a), párrafo I, artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519** de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de precios presumiblemente controlada y monitoreada por las empresas cementeras a través del IBCH.
2. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar la **fijación de cuotas de mercado y la consecuente limitación o restricción a la comercialización del cemento**, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el **inciso b), párrafo I, artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519** de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de cuotas de mercado controlada y monitoreada por las empresas cementeras a través del IBCH.
3. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar la **distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado de cemento**, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el **inciso c), párrafo I, artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519** de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, distribución de espacios geográficos controlado y monitoreado por las empresas cementeras a través del IBCH”.



Es evidente que el IBCH confunde los cargos formulados en su contra mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, toda vez que presenta pruebas que buscan demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, siendo que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por haber facilitado la importación de clinker, ni por una propuesta de la empresa ITACAMBA de importar clinker.**

Por lo tanto, las pruebas aportadas por dicho instituto destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes y no corresponde su valoración.

4.2. Del carácter técnico de los objetivos del IBCH

El IBCH hace referencia a la Escritura Pública No. 252/1997 que contiene la Constitución y Estatutos de dicho instituto, los cuales "...reflejan con claridad los objetivos del IBCH...", dando a entender que el solo hecho de que sus objetivos se encuentren enunciados en dichos documentos representaría per se el cumplimiento a la norma de Defensa de la Competencia, sin embargo, la simple enunciación de dichos objetivos no desvirtúa los cargos establecidos en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, ni logra demostrar que el IBCH no cumplió un rol **facilitador** para que las empresas él asociadas cometiesen prácticas anticompetitivas, argumento que carece de sustento técnico.

Finalmente, el IBCH indica: "...adjuntamos los siguientes Certificados en copias legalizadas, que prueban que el Instituto realiza sus actividades en total conformidad con sus objetivos y que éstos son plenamente lícitos...".

Los distintos certificados emitidos por la Administradora Boliviana de Carreteras (Regional Santa Cruz), la empresa Ecoviana, la consultura CONNAL, la Asociación de Consultores de Ingeniería (ACI), el Gobierno Autonomo Departamental de Santa Cruz, la empresa Valle Hermosoy la empresa SOBOCE S.A., presentados por el IBCH, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.

4.3. La producción de estadísticas constituyen un objeto lícito

Según el IBCH la información estadística que publica consta de: "...únicamente estadísticas de producción y ventas como lo ha podido comprobar la AEMP visitando la página Web del IBCH, lo que no supone, de ningún modo, que monitorea cuotas de mercado", y señala que: "...esta actividad por sí sola no constituye ningún ilícito".

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Sobre el particular, cabe señalar en primer lugar, reiterar el análisis realizado en el punto 3.5., respecto a que existe información que en materia de Defensa de la Competencia es considerada de tipo sensible (ej. precios, descuentos, proyectos de inversión, clientes, estudios de mercado) la cual al ser intercambiada entre empresas rivales, **facilita la comisión** de prácticas anticompetitivas, da continuidad a los acuerdos colusorios y genera ventajas a favor de terceros. Este tipo de información es intercambiada en las Reuniones de Directorio del IBCH, pero posteriormente no es publicada, siendo **únicamente de conocimiento de las empresas asociadas a dicho instituto**.

En segundo lugar, al margen de la información que es de conocimiento únicamente de las empresas asociadas al IBCH señalada anteriormente, existe la información acumulada y publicada por dicho instituto, misma que según el análisis realizado a lo largo del punto 3.6, presenta **límites** en cuanto al tipo y al formato en que esta puede ser intercambiada. Las razones por las cuales las distintas autoridades de Defensa de la Competencia a nivel mundial⁴², consideran riesgoso el que asociaciones intercambien información:

- i. **desagregada,**
- ii. **con mayor frecuencia y actualidad de los datos,**
- iii. **no manejada por terceros independientes.**
- iv. **Relacionada con estrategias futuras,**
- v. **No es de dominio público.**

El riesgo de su ubicación, se debe primordialmente a que esta información permite a las empresas asociadas, identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas hacia el cumplimiento de un acuerdo colusorio que maximiza los beneficios conjuntos, distinto a comportamiento estratégico que existiría en un mercado en competencia.

Por el contrario, la información intercambiada entre empresas no representaría riesgo para la competencia si esta se encuentra:

- Lo suficientemente **agregada** como para perder sensibilidad.
- Procesada y publicada con una menor frecuencia y es de carácter histórico.
- Manejada por terceros independientes (ej. INE, CAN).
- No guarda relación con parámetros de competencia (ej. Precios, descuentos, clientes, etc.)
- Es de dominio público



⁴² Guía de Asociaciones Empresariales, Comisión Nacional de la Competencia, España

El análisis sobre la información estadística publicada por el IBCH y su riesgo de afectación a la competencia será realizado en el siguiente punto.

4.3.1. Riesgo de afectación a la competencia mediante la publicación de información desagregada por el IBCH

Corresponde analizar el nivel de desagregación presente en las distintas estadísticas publicadas en el IBCH y el riesgo de afectación a la competencia, por lo que a continuación se realiza una valoración de los distintos cuadros estadísticos disponibles en la página web de dicho instituto.

Los cuadros estadísticos mensuales publicados por el IBCH en Hoja Excel pueden ser resumidos en:

- Análisis de ventas por fábrica (ej. *Pr Fábrica*)
- Análisis de producción y ventas por empresa y destino de venta (ej. *Por Año*)
- Análisis de Variaciones acumuladas (ej. *Var.Acum. "mes"*)

4.3.1.1. Análisis de los cuadros de producción y ventas por fábrica (Pr Fábrica) del IBCH

Los volúmenes de ventas individualizados por planta de producción y destino de ventas (departamento y exportaciones), presentes en la hoja de Excel *Pr Fábrica*, en las estadísticas publicadas por el IBCH para el periodo 1990 - 2012, presenta el siguiente formato:

Cuadro N° 4

Estadísticas de ventas por planta de producción y destino de ventas (por departamento) de cemento, Bolivia, periodo 1990-2012

EMPRESA: SOBOCE VIACHA

CEMENTO
(Toneladas)

AÑO	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)	PRODUCCION	VENTAS NACIONALES										VENTAS EXPORTACION
			SANTA CRUZ	LA PAZ	COCHABAMBA	SUCRE	ORURO	TARIJA	POTOSI	BENI	PANDO	TOTAL	

Fuente: IBCH http://www.ibch.com/index.php?option=com_repository&Itemid=&func=startdown&id=108

El cuadro anterior, extraído de las estadísticas que son publicadas por el IBCH en su página web, permite evidenciar el nivel de desagregación de dicha información, en base a la cual se puede determinar de manera individualizada:

- La planta de producción (ej. SOBOCE, planta Viacha).
- La capacidad de producción de dicha planta de producción.
- La producción efectiva de dicha planta.



- El destino de venta de dicha producción, por departamento o vía exportación.
- La cantidad vendida en un departamento por año.

Esta información **individualizada a nivel de planta de producción por destino de ventas (departamento o exportación)**, detalla la capacidad o no de las distintas plantas de producción del país de incrementar su producción (capacidad ociosa), además de permitir identificar cuánto de la producción de cada planta, es destinado a qué departamento, permite (gracias al nivel de **desagregación**) a empresas miembros de un acuerdo colutorio identificar si existe alguna desviación respecto a los territorios pactados.

Por ejemplo, en el caso de la planta de producción de FANCESA, la información disponible en el IBCH, claramente permite monitorear la salida de la empresa FANCESA de los mercados de La Paz y Oruro, durante el periodo 2002-2012:

Cuadro N° 5
Monitoreo a asignaciones de territorio
EMPRESA: FANCESA

CEMENTO
(Toneladas)

AÑO	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)	PRODUCCION	VENT		
			SANTA CRUZ	LA PAZ	ORURO
1990	244.000	209.249	110.284	415	5.230
1991	244.000	234.526	134.932	22	2.108
1992	244.000	233.737	139.925	50	5.838
1993	244.000	237.630	145.080	223	1.551
1994	244.000	242.664	151.311		2.240
1995	244.000	243.840	151.196		60
1996	334.000	250.535	147.623	22	20
1997	334.000	312.682	194.821	116	2.400
1998	334.000	339.553	209.544	2.511	5.754
1999	334.000	339.261	194.954	6.238	6.087
2000	334.000	265.390	133.697	7.045	3.500
2001	334.000	235.032	108.054	575	252
2002	375.260	250.092	121.404	0	0
2003	375.260	300.516	141.508	0	0
2004	375.260	339.042	170.869	0	0
2005	375.260	387.896	165.244	0	0
2006	410.000	413.905	191.906	0	0
2007	410.000	411.216	223.217	0	0
2008	630.000	532.260	303.249	0	0
2009	630.000	625.578	375.415	0	0
2010	630.000	658.895	424.196	0	0
2011	750.000	707.724	437.395	0	0
2012	750.000	744.009	461.723	5.744	0

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH
http://www.ibch.com/index.php?option=com_remository&Itemid=&func=startdown&id=108



0611

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



Como la AEMP lo señaló en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, en el Acta N° 10-2000 de FANCESA de fecha **19 de enero de 2001**, se habría recibido una propuesta de acuerdo colusorio, que permitía **fijar precios, establecer participaciones de mercado y asignarse territorios**. La disminución en volúmenes de ventas y la posterior salida de la empresa FANCESA de los territorios de La Paz y Oruro, son coincidentes con la propuesta colusoria a la que se hace alusión en citada Acta (ver cuadro N° 5) y como se demuestra en el cuadro anterior, los datos presentados por el IBCH permiten hacer un seguimiento inequívoco a posibles incursiones por parte de FANCESA en el mercado paceño y/o Orureño (situación que representaría una desviación de acuerdo colusorio). El seguimiento y control para que no existan posibles desviaciones al acuerdo, puede ser realizado por los miembros del acuerdo a través de estas publicaciones desagregadas que realiza el IBCH.

Gestiones previas a la sanción por parte de la AEMP a las empresas cementeras mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 (gestión 2012), demuestran que no existieron volúmenes comercializados por la planta FANCESA en el departamento de La Paz (ver cuadro N° 5).

Un análisis similar se puede realizar tomando en cuenta los destinos de ventas de las plantas de producción de SOBOCE-El Puente, donde se puede realizar un monitoreo a la salida de los productos de SOBOCE del departamento de Chuquisaca; asimismo en el caso de los productos de COBOCE Irpa –Irpa se puede evidenciar en primer lugar la disminución y luego su salida de los departamentos de La Paz y Oruro.

Por lo tanto, los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, permite concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **asignaciones de territorios** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519**.

4.3.1.2. Análisis de los cuadros de producción y ventas por año (Por Año) del IBCH

Los volúmenes de producción y ventas individualizadas por planta de producción, presentes en la hoja de Excel **Por Año**, en las estadísticas publicadas por el IBCH para el periodo 1990 - 2012, presenta el siguiente formato:



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



Cuadro N° 6 Monitoreo a Participaciones de mercado

ESTADISTICAS NACIONALES DE CEMENTO 2012
INFORME ANUAL

CEMENTO
(Toneladas)

EMPRESA		CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)		PRODUCCION			CAPACIDAD UTILIZADA	VENTAS NACIONALES											
		TM	%	TM	%	%		SANTA CRUZ		COCHABAMBA		LA PAZ		CHUKISACA		TARIA		ORURO	
								TM	%	TM	%	TM	%	TM	%	TM	%	TM	%
SOBOCE	Viacha	815.000	27.57%	802.551	28.57%	87.71%	0	0.00%	0	0.00%	883.236	89.17%	0	0.00%	0	0.00%	7.710	4.12%	
	Warnes	217.000	6.54%	206.116	7.70%	96.37%	225.062	27.81%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	
	El Puente	222.000	6.86%	238.193	8.67%	106.94%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	220.573	95.92%	0	0.00%	
	Enesa	190.000	5.72%	168.928	8.36%	36.44%	0	0.00%	62.315	16.34%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	170.560	95.68%	
	SUB-TOTAL	1.544.000	46.52%	1.435.788	52.36%	92.99%	225.062	27.81%	82.315	16.34%	883.236	89.17%	0	0.00%	220.573	95.92%	167.296	100.00%	
FANCESA	750.000	22.60%	744.000	27.41%	99.20%	481.723	57.27%	5.692	1.13%	5.744	0.63%	189.188	100.00%	5.378	4.09%	0	0.00%		
COBOCE	825.000	24.89%	443.540	18.45%	54.13%	33.320	4.13%	415.767	82.53%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%		
ITACAMBA	200.000	6.03%	67.742	3.23%	43.87%	66.142	10.66%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%		
Importación Total de Cemento (INE Preliminar verificado al 08/Abril)																			
TOTAL	3.319.000	100.00%	2.714.089	100.00%	81.77%	806.229	27.69%	530.704	17.29%	892.042	23.74%	180.188	6.40%	226.951	7.89%	167.296	6.43%		

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH

Como se puede apreciar en el cuadro N° 6 extraído de las estadísticas que son publicadas por el IBCH, existe un nivel de desagregación de dicha información que permite determinar de manera individualizada:

- La planta de producción (ej. SOBOCE, planta Viacha).
- La capacidad de producción de dicha planta de producción.
- La producción efectiva de dicha planta.
- Capacidad Utilizada/Ociosa
- El destino de venta de dicha producción, por departamento o vía exportación.
- La información se encuentra expresada en **valores porcentuales para cada año**.

La información presente en el cuadro N° 6 (*Por Año*) es similar a la presente en los cuadros de información *Pr Fábrica* (ver punto 4.3.1.1.), con la diferencia de que la información de todas las plantas de producción es estructurada por año, y con la característica de que los volúmenes de ventas por departamento se encuentran expresados en valores porcentuales.

Una vez más se evidencia que la información presenta un formato **individualizado a nivel de planta de producción por destino de ventas (departamento o exportación)**, esta información expresada en valores porcentuales permite a empresas miembros de un acuerdo colusorio identificar si existe alguna desviación respecto a las participaciones de mercado que se tienen pactadas.

Esta información así presentada, no demuestra que se realice una investigación, transferencia de tecnología o promoción de las aplicaciones del cemento y el hormigón tal como señala el IBCH en sus estatutos; el expresar en valores



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

0609

porcentuales las ventas de cada una de las plantas de producción y su destino de venta no implica un aporte investigativo, sino realizar un **monitoreo y control a las participaciones de mercado que cada empresa tiene en los distintos departamentos de Bolivia**. La información de las participaciones de mercado por departamento, permite a los miembros de un cartel identificar posibles desviaciones respecto a las participaciones pactadas y de esta manera las empresas en colusión pueden ajustar sus ventas de manera que los niveles de participación establecidos en el acuerdo sean cumplidos.

En base a este monitoreo de las participaciones de mercado es que las mismas tienden a **volverse estables en el tiempo**. Como se pudo observar en el gráfico N° 1, las empresas SOBOCE, COBOCE y FANCESA estabilizaron sus respectivas participaciones de mercado en el departamento de Cochabamba a partir del 2002 hasta el 2011, elemento inequívoco de que las empresas miembros del cartel realizan el seguimiento a sus participaciones de mercado a través de la información publicada por el IBCH.

Por lo tanto, los cuadros de *producción y ventas por Año* disponibles en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando el IBCH la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519**.

4.3.1.3. Análisis de los cuadros de Variación de ventas mensuales del IBCH

Los volúmenes de producción y ventas individualizadas por planta de producción de manera **mensual**, presentes en la hoja de Excel *Var.Acum. "mes"*, en las estadísticas publicadas por el IBCH, presenta el siguiente formato para el mes de febrero del 2013:

Cuadro N° 7
Monitoreo a evolución de ventas mensuales

VARIACION Feb. 2013 - Feb. 2012	PRODUCCION	VENTAS NACIONALES (TM)								
		SANTA CRUZ	LA PAZ	COCHABAMBA	CHUQUISACA	ORURO	TARIJA	POTOSI	BENI	
SOBOCE VIACHA	5.167	0	7.384	0	0	-1.296	0	0	0	
SOBOCE WARNES	2.806	4.435	0	0	0	0	0	0	768	
SOBOCE EL PUENTE	8.678	0	0	0	0	0	3.996	1.777	0	
SOBOCE EMISA	5.001	0	0	5.903	0	3.213	0	0	0	
SOBOCE TOTAL	21.652	4.435	7.384	5.903	0	1.918	3.996	1.777	768	
FANCESA	23.388	12.489	1.366	840	5.595	0	602	466	0	
COBOCE	-2.824	-2.842	0	-7.840	0	0	0	0	1.283	
ITACAMBA	2.130	2.501	0	0	0	0	0	0	-255	
TOTAL Ind. Nacional	44.346	16.583	8.750	-1.097	5.595	1.918	4.598	2.242	1.796	
Importación Insumos Bolivia										
Otros Importadores										
TOTAL MERCADO DEL CEMENTO										

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



Como se puede apreciar en el cuadro N° 7, existe un nivel de desagregación en la información, que permite determinar de manera individualizada:

- La planta de producción (ej. SOBOCE, planta Viacha).
- La capacidad de producción de dicha planta de producción hasta febrero del 2013.
- La producción efectiva de dicha planta hasta febrero del 2013.
- El destino de venta de dicha producción, por departamento o vía importación.

La información presente en el cuadro N° 7 (**Var.Acum.Febrero**) es similar a la presente en los cuadros N° 5 y N° 6 tanto en la información como en el nivel de desagregación e individualización de la misma respecto a las plantas de producción, que permite las variaciones en los volúmenes de ventas entre las gestiones 2012-2013.

En las estadísticas del IBCH, para el ejemplo anterior (febrero del 2013), el IBCH procede posteriormente a realizar un análisis comparativo de las ventas acumuladas del mes de febrero del 2013, respecto a las ventas acumuladas para febrero del 2012 en valores porcentuales (ver cuadro N° 8), identificándose las diferencias porcentuales que habrían existido de un año al otro en cada departamento del país.

Cuadro N° 8
Monitoreo a evolución de ventas mensuales 2013-2012

VARIACION % Feb. 2013 - Feb. 2012	PRODUCCION	VENTAS NACIONALES							
		SANTA CRUZ	LA PAZ	COCHABAMBA	CHUQUIBACA	ORURO	TARIJA	POTOSI	BENI
SOBOCE VIACHA	4,24%		7,26%			-62,50%			
SOBOCE WARNES	8,34%	13,21%							36,34%
SOBOCE EL PUENTE	28,07%						14,26%	64,32%	
SOBOCE EMISA	18,85%			69,05%		12,00%			
SOBOCE TOTAL	10,17%	13,21%	7,26%	69,05%		6,65%	14,26%	64,32%	36,34%
FANCESA	21,10%	17,89%		97,39%	21,10%		51,22%	3,62%	
COBOCE	-3,48%			-10,82%					#DIV/0!
ITACAMBA	12,39%	15,81%							
TOTAL Ind. Nacional	10,51%	13,59%	8,60%	-1,34%	21,10%	6,65%	15,74%	14,34%	72,63%
Importación Insumos Bolivia (1)									
Otros Importadores (2)									
TOTAL MERCADO DEL CEMENTO, INCLUYE TODAS LAS IMPORTACIONES									

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH

Este tipo de análisis es realizado para **todos los meses del año**, información disponible en las estadísticas publicadas en la página web del IBCH desde julio del 2011 hasta febrero del 2013.

La información sobre las variaciones porcentuales de ventas **desagregada e individualizada de manera mensual**, permite a un cartel realizar un seguimiento y control a posibles desviaciones en participaciones de mercado establecidas en un acuerdo colusorio y proceder a ajustar los volúmenes de ventas acorde al

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 – Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 – 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz – Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acmp@autoridadempresas.gob.bo

0607



acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**

La importancia que el IBCH otorga al nivel de desagregación e individualización de la información estadística, que permite a la misma ser una herramienta de seguimiento y control, se hace aún más evidente según lo expresado en Acta de Reunión de Directorio N° 36 de 19 de agosto de 2003 que señala:

*“El Ing. Alfaro propuso considerar algún mecanismo para **desagregar los datos de ventas de cemento, considerando rubros como vivienda, infraestructura, pavimentos y otros...**”*

Este nivel de desagregación permite a empresas en colusión, identificar el destino de sus ventas a un nivel muy específico, que ninguna entidad independiente como el INE o la CAN han presentado jamás.

En resumen, un análisis de los distintos cuadros estadísticos publicados en el IBCH, demuestra que estos presentan un nivel de desagregación e individualización, que permite a empresas en colusión realizar un monitoreo y control de:

- Los niveles de producción y ventas a nivel individualizado por planta de producción y por departamento en el que se comercializa el producto,
- La capacidad ociosa de las empresas (la cual puede ser usada como estrategia disuasoria de nuevos entrantes),
- Cumplimiento a la asignación de territorios establecidos mediante un acuerdo colusorio,
- Cumplimiento a los niveles de participación de mercado departamental acordados con participaciones establecidas en el acuerdo colusorio,
- Identificar desviaciones en los volúmenes de ventas mensuales, mediante diferencias porcentuales de los mismos por períodos y proceder a un ajuste acorde a un acuerdo de participaciones de mercado.

Por lo tanto, en base a al análisis de la información estadística se concluye que la misma presenta un nivel de desagregación e individualización que **facilita a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas enmarcadas en el **artículo 10, incisos b) y c) del Decreto Supremo N° 29519**, además de permitirles realizar el seguimiento y control a sus acciones, generando el IBCH con ello ventajas a favor de terceros y poniendo en riesgo la competencia en el mercado.

4.3.1.4. **Publicación de exceso de capacidad instalada como elemento disuasorio de entrada a competidores potenciales**



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

El comportamiento estratégico de las empresas consiste en realizar actividades que busquen cambiar las expectativas de la empresas rivales, y si la estrategia es creíble entonces es posible que se disuada la entrada de entrantes potenciales, existe una variedad comportamientos estratégicos entre los cuales podemos citar la diferenciación de productos, la capacidad excesiva de producción, inversión excesiva en investigación y desarrollo, y proliferación de productos.

La capacidad excesiva se presenta cuando los niveles de producción se encuentran por debajo de la capacidad instalada de producción, evidenciándose con ello una subutilización de su capacidad de producción; este elemento es particularmente importante debido a que puede ser utilizado como una barrera estratégica para disuadir a posibles entrantes a participar en el mercado.

De acuerdo a McAuliffe (2005) el argumento que permite establecer como una barrera estratégica el exceso de capacidad, "... es que la capacidad excesiva hace menos costoso para una empresa incumbente incrementar sus ventas y por lo tanto incrementa de manera creíble el comportamiento agresivo (como ser reducción de precios) después de que ocurre la entrada. El entrante potencial reconoce esta posibilidad y entonces se ve disuadido"⁴³.

En ese sentido, se evidencia que las estadísticas publicadas en la página web del IBCH, señalan de manera expresa tanto la capacidad instalada como los niveles de producción, permitiendo ello mediante una simple sustracción determinar los niveles de capacidad ociosa (exceso de capacidad) de cada una de las plantas de producción (ver cuadro N° 9).

Cuadro N° 9
Capacidad ociosa como barrera estratégica de entrada, 2011

EMPRESA	CAPACIDAD (A FIN DE AÑO)		PRODUCCION		CAPACIDAD UTILIZADA	
	TM	%	TM	%	%	
SOBOCE	Viacha	915.000	24.53%	775.883	29.19%	84.80%
	Warnes	217.000	5.82%	204.416	7.69%	94.20%
	El Puente	222.000	5.95%	228.869	8.61%	103.09%
	Emisa	190.000	5.09%	176.623	6.65%	92.96%
	SUB-TOTAL	1.544.000	41.39%	1.385.791	52.14%	89.75%
FANCESA	1.161.000	31.13%	707.724	26.63%	60.96%	
COBOCE	825.000	22.12%	440.720	16.58%	53.42%	
ITACAMBA	200.000	5.36%	123.415	4.64%	61.71%	
Total Nacional	3.730.000	100.00%	2.657.650	100.00%	71.25%	

Fuente: extraído parcialmente de los cuadros estadísticos publicados por el IBCH



⁴³ Traducción del texto original: "Excess capacity may also be used as a strategic barrier to entry (see Salop, 1979). The argument is that excess capacity makes it less costly for an incumbent firm to increase sales, and, thus, increases the credibility of "aggressive" behavior (such as price cutting) after entry occurs. The potential entrants recognize this prospect, and thus entry is deterred". The Blackwell encyclopedia of management, Managerial economics, McAuliffe (pag. 88).

Un análisis del cuadro N° 9, permite a un potencial entrante determinar que las distintas empresas se encuentran sub-utilizando su capacidad de producción (**capacidad ociosa de entre 10 al 40%**) y por lo tanto podrían reaccionar de manera agresiva disminuyendo precios (economías de escala) e incrementando su producción en caso de que este potencial entrante decidiese ingresar en el mercado, por lo que resultaría costoso para un potencial entrante ingresar en el mercado y ser competitivo, situación que en última instancia disuade de entrada de este último.

Considerando la doctrina económica según la cual el exceso de capacidad puede ser utilizado como una barrera estratégica de entrada para disuadir a potenciales entrantes, se hace evidente que la publicación de este tipo de información en la página web del IBCH puede tener efectos disuasorios en los entrantes potenciales, reduciéndose con ello los niveles de competencia en la industria del cemento y generando ventajas en favor de sus asociadas.

4.3.2. Riesgo de que la frecuencia y actualidad de los datos procesados y publicados por el IBCH afecten la competencia

Como se pudo demostrar tanto en el punto 3.6.1.2.3. como en el punto 4.3.1.3. la frecuencia, veracidad y actualidad con que la información es procesada y publicada por el IBCH, representan elementos importantes para las empresas asociadas a dicho instituto, pero que sin embargo, este tipo de información arriesga la competencia en el mercado.

En base al análisis realizado en los mencionados puntos sobre la frecuencia, la actualidad y la veracidad de los datos estadísticos procesados y publicados por el IBCH, se evidencia que la misma presenta:

- Una frecuencia mensual que es exigida por las empresas asociadas,
- Una necesidad de que la información cuente con datos veraces y actualizados no solamente de las asociadas, sino del INE relativos a importación de cemento.

Por lo anterior, se concluye que tanto los niveles de frecuencia mensual como la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada, representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros además de constituir un instrumento de disuasión para otras empresas que deseen ingresar a competir en el mercado.

4.3.3. Riesgo de que la información estadística no sea procesada por un tercero



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



En el punto 3.6.1.2.4., ya se realizó un análisis respecto al conflicto de intereses existente entre el Directorio del IBCH conformado por **altos ejecutivos de las mismas empresas competidoras** (Primordialmente Gerentes Generales, Gerentes Comerciales, Gerentes de Marketing y ventas, Gerentes de Planificación y Logística o Gerentes de Operaciones) **relacionados directamente con áreas que pueden influir en los volúmenes de producto que serán destinados en el mercado boliviano** (y no por personal técnico) y el hecho de que la información sensible, desagregada, individualizada, actualizada, veraz y de frecuencia mensual se encuentre a su disposición, toda vez que dicha información **facilita a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas.

Esta situación difiere de entidades independientes como el INE o la CAN, las cuales publican información veraz pero en un formato agregado, histórico y con una frecuencia anual, de manera que esta información **no facilite** la comisión de prácticas anticompetitivas.

4.3.4. Información intercambiada en el IBCH sobre estrategias futuras y otras que no son de dominio público

En el punto 3.5., se realiza un análisis detallado del tipo de información sensible (ej. precios, descuentos, proyectos de inversión futuros, clientes, estudios de mercado) que es intercambiada entre empresas asociadas al IBCH, que **facilita la comisión** de prácticas anticompetitivas, da continuidad a los acuerdos colusorios y genera ventajas a favor de terceros, que es **únicamente de conocimiento de las empresas asociadas a dicho instituto**.

Por lo tanto, en base a los distintos análisis realizados en el punto 4.3, queda desvirtuado el argumento del IBCH según el cual dicho instituto publica únicamente estadísticas de producción y ventas, lo que no supondría que monitorea cuotas de mercado y que esta información no sería por sí misma ilícita. Ya que por el contrario, queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el cumplimiento de un acuerdo colusorio que maximiza los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera la comisión de prácticas anticompetitivas, todo con la participación y concurso del IBCH**.

4.4. Respecto a los supuestos aspectos probados con el aporte de la escritura de constitución del IBCH y los demás documentos.

El IBCH enuncia una serie de elementos presentes en la escritura de constitución de dicho instituto, que ameritan un análisis legal.



0603

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acmp@autoridadempresas.gob.bo

56 de 61



5. Memorial del IBCH de 31 de julio de 2013

Mediante memorial de fecha 31 de julio de 2013, el IBCH presenta información requerida por la AEMP y prueba adicional, según el siguiente detalle:

- Detalle del cargo y el instrumento de designación de las personas que fungieron como Directores en el IBCH, durante la gestión 2001, así como durante las gestiones 2010 y 2011.
- Estructura organizacional del IBCH durante las gestiones 2001, 2010, 2011 y 2012.
- Explicación de la participación del IBCH en los proyectos carreteros mencionados en sus Actas de Reunión.

5.1. Detalle de cargos de los miembros del Directorio del IBCH en las empresas asociadas

El IBCH aportó información parcial sobre los cargos que ejercían **los miembros de su Directorio** en las empresas asociadas, argumentando que **no era materialmente posible** para el contar con documentación que refleje esta información e indicó que: *"...la calidad de director de una persona en una entidad determinada, no guarda relación con el cargo que ejerza en otras entidades"*.

El IBCH se limitó a remitir información de los señores Marcelo Alfaro y Rosendo Soruco, aclarando que: *"... hacemos conocer la extrañeza ante la solicitud de tal información, que no guarda relación alguna con el procedimiento que nos sigue..."*.

En respuesta a los argumentos del IBCH, corresponde remitirnos a los cuadros N° 1 y 2, en los cuales se detallan los cargos gerenciales de los Directores del IBCH en sus respectivas empresas asociadas, y resaltar como la legislación internacional citada por el IBCH encuentra riesgoso para la competencia el hecho que información individualizada y desagregada se ponga a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas en colusión (ver punto 3.6.1.2.4.).

El hecho de que no hayan miembros del Directorio del IBCH relacionado con el análisis técnico que según su Estatuto de Constitución debería realizar, y que por el contrario primordialmente Gerentes Generales o en su defecto Gerentes de las áreas de logística, Ventas, Producción y/o de Comercialización, representen a las empresas asociadas en el Directorio del IBCH, facilita la comisión de prácticas anticompetitivas, pues permite que personal gerencial tenga a su disposición información individualizada, desagregada, actualizada y veraz de las distintas



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

empresas que intervienen en el mercado, que puede ser evaluada a través de áreas directamente relacionadas con la puesta de producto en el mercado, pudiéndose de esta manera no solamente identificar desviaciones en las participaciones de mercado pactadas, sino también determinar las “medidas correctivas” a ser aplicadas por cada empresa.

Por lo tanto queda desvirtuado el argumento del IBCH según el cual no existiría relación entre la información solicitada por la AEMP correspondiente a los cargos que los Directores de dicho instituto, ejercían en las distintas empresas asociadas. Por el contrario, queda demostrado el hecho de que información desagregada, individualizada, actualizada y veraz a disposición de personal gerencial, facilita la implementación de prácticas anticompetitivas en empresas miembros de un acuerdo colusorio.

5.2. Explicación de la participación del IBCH en los proyectos carreteros mencionados en sus Actas de Reunión.

A la solicitud realizada por la AEMP respecto al monitoreo que realizó el instituto a los proyectos carreteros, durante las gestiones 2010, 2011 y 2012, este instituto respondió aclarando que: “...el IBCH no “monitorea” proyectos de carreteras”, sino que realiza la “promoción técnica del uso del cemento”.

Esta afirmación es contradictoria con lo expresado por miembros del directorio de dicho instituto en Acta N° 31 de 4 de julio de 2002, en la cual un Director del IBCH “...dio una breve explicación acerca de 19 proyectos que están siendo **Monitoreados** por el IBCH”. (las negrillas son nuestras)

Si bien el IBCH argumenta que el apoyo prestado a entidades que licitan proyectos carreteros es meramente técnico y que: “...no interviene de ninguna manera en el análisis económico o en el proceso mismo de licitación, reiteramos sólo brinda asesoramiento en el diseño para que se considere adecuadamente la alternativa de pavimento rígido”, es preciso considerar, que el seguimiento realizado por el IBCH a este tipo de proyectos carreteros continuó a lo largo del periodo 2010-2011, permitiendo realizar el sistema de compensaciones a desviaciones en las participaciones de mercado de las empresas asociadas evidenciado en el punto 3.4.2..

6. CONCLUSIONES

En base a lo expuesto en el presente documento y los resultados de la evaluación técnica de la información aportada por las empresas cementeras, la recopilada en el IBCH y otra información relacionada al presente caso, se concluye que:

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 – Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 – 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz – Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acemp@autoridadempresas.gob.bo

0601

58 de 61





- **Queda desvirtuado** el argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría "...actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519", y por el contrario queda demostrado que el **IBCH es un Agente Económico que realiza actividades económicas**.
- El **análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH** presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web **facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros**.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración carece de verdad material y formal.
- **Queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de **carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH**.
- Queda **demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio**, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de **Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA**, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.
- Queda **demostrada** la causalidad entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.
- La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde el Presidente del Directorio hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios del sector cementero** (es decir un **acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva**).
- **Se demostró la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del



"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 – Edificio "El Cóndor" Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

0600

59 de 61





IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser parcial e incorrecto**, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.

- No toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.
- El Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH hace referencia a la coordinación de las asociadas para fijar de precios de venta de producto, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Según la legislación europea rescatada por el propio IBCH, la información intercambiada por empresas miembros del IBCH es aquella utilizada por miembros de un cartel para realizar un monitoreo a las participaciones de mercado y con ello realizar ajustes ante posibles desviaciones del acuerdo.
- Queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**
- Las pruebas aportadas por el IBCH destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes, toda vez que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por estas actividades.**
- Los distintos certificados presentados por el IBCH que supuestamente demuestran el carácter técnico de dicho instituto, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.
- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y el mismo tiempo permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de territorios de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**



“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 – Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 – 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz – Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo

0599

60 de 61





- Los cuadros de *producción y ventas por Año* publicados en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519**.
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.
- Queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas**.
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión.

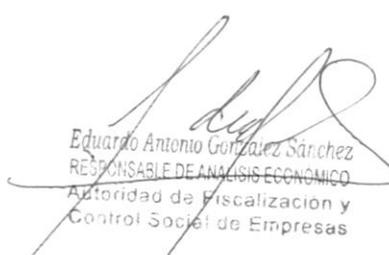
7. RECOMENDACIONES

En base al análisis técnico se recomienda que:

- El presente informe se remita al analista jurídico para su valoración legal dentro del procedimiento administrativo sancionatorio.
- Se emitan disposiciones regulatorias respecto al intercambio de información y sobre la publicación de información por parte del IBCH.

Es cuanto tenemos a bien informar a su autoridad para fines consiguientes.

EGS/ccArch


Eduardo Antonio González Sánchez
RESPONSABLE DE ANÁLISIS ECONÓMICO
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas

0598

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 – Edificio “El Cóndor” Piso II

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz – Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



**INFORME JURÍDICO
AEMP/DTDCDN/RMC/N°092/2013**

Jose Pedro Alvarez Vilaseca
DIRECTOR TÉCNICO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO a.i.
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas

A: Pedro Alvarez Vilaseca
Director Técnico de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo a.i.

DE: Rene Ivan Mora Céspedes
Responsable de Análisis Legal y Desarrollo Normativo a.i.

REF: Análisis de los Descargos presentados por el INSTITUTO BOLIVIANO DEL CEMENTO Y DEL HORMIGÓN a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013 de Notificación de Cargos.

FECHA: La Paz, 14 de agosto de 2013.

I. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°041/2013 de 17 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas – AEMP inició de oficio procedimiento sancionador contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH) por la presunta comisión de los siguientes cargos:

- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante la citada Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante la misma Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.



0710



Los indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de las empresas cementeras, fueron declarados probados a través del procedimiento sancionador concluido por la AEMP a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 descrita precedentemente. Asimismo, el procedimiento sancionador concluido muestra indicios de la participación del IBCH en las prácticas anticompetitivas acordadas entre las empresas cementeras. Es decir que, existen elementos que hacen presumir que las prácticas anticompetitivas probadas, descritas a continuación, habrían sido acordadas en reunión de Directorio del IBCH:

1. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. para efectivizar el incremento y la fijación simultánea del precio del cemento, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de precios presumiblemente acordada en el Directorio del IBCH y monitoreada por el mismo a través del intercambio de información.
2. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar la fijación de cuotas de mercado y la consecuente limitación o restricción a la comercialización del cemento, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, parágrafo I, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, fijación de cuotas de mercado presumiblemente controladas y monitoreadas por las empresas cementeras a través del IBCH.
3. Acuerdo entre las empresas SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA. para efectivizar la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado de cemento, conducta calificada anticompetitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, parágrafo I, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 y declarada probada conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, distribución de espacios geográficos presumiblemente controlado y monitoreado por las empresas cementeras a través del IBCH.

Por nota CITE: GG/110/2013 recibida en fecha 29 de mayo de 2013, el IBCH solicitó plazo adicional de quince días hábiles administrativos para dar respuesta a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°041/2013, solicitud atendida mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N°0545/2013 de 31 de mayo de 2013 a través de la cual se le otorgó una ampliación de plazo de cinco (5) días hábiles administrativos.

Mediante nota CITE: GG/105/2013 recibida en fecha 05 de junio de 2013 el IBCH, solicitó copia simple del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE/N°046/2013 de 16 de mayo de 2013 e Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N°047/2013 de 17 de mayo de 2013, solicitud atendida mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N°0608/2013.

Por memorial recibido en fecha 10 de junio de 2013 el IBCH, expone supuestos agravios emergentes de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N°041/2013 emitida por la AEMP, solicitando lo siguiente: " (...) con el Objeto de evitar nulidades posteriores que contravengan la Constitución Política del Estado, invocamos el Art.35 incisos c), d) y e) de la norma precitada, pidiendo subsanar y sanear el procedimiento y que se notifique con



los siguientes documentos y se amplió el plazo para presentar nuestros descargos en tanto contaremos con más elementos sobre los que debemos pronunciarnos. Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDNN°115/2012; Actas N°03/2011 de 03 de agosto de 2001, Acta N°07/2011 de 14 de diciembre de 2001 y Acta N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002 de la fábrica Nacional de Cemento S.A. (FANCESA), con las cuales no cuenta el IBCH en tanto corresponden a reuniones de uno de sus asociados que tiene una personalidad jurídica ajena a la suya y de la cual no forma parte. Debemos Reiterar, por los motivos expuestos, que el IBCH no puede asumir defensa sobre supuestos actos y hechos de un asociado.”. Por Auto Administrativo de fecha 12 de junio de 2013, notificado en fecha 14 de junio de 2013, se dió respuesta a la supuesta vulneración de derechos, se atendió la solicitud de documentación requerida y, respecto a la ampliación solicitada se le pidió adecuarse a procedimiento.

Mediante Auto Administrativo de 17 de junio de 2013, notificado en fecha 25 de junio de 2013, se aperturó el término de prueba para la producción de pruebas dentro del procedimiento sancionador iniciado por la AEMP en contra del IBCH.

Por memorial recibido en fecha 17 de junio de 2013, el IBCH refiere la supuesta Violación de Garantías Constitucionales solicitando que “(...) conforme a los argumentos expuestos en nuestro memorial de fecha 10 de junio y al que contenía nuestros descargos, pedimos nuevamente a su autoridad pronunciarse expresamente sobre los vicios acusados y garantías procesales y constitucionales. Esto, sin perjuicio del anuncio oportuno que ha hecho el Instituto de que se reserva el Derecho de invocar las nulidades y anulabilidades en los recursos administrativos que prevé la ley, de acuerdo a lo establecido en el parágrafo IV del Artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”. Por Auto Administrativo de 26 de junio de 2013, notificado en fecha 03 de julio de 2013, se dio respuesta al mismo desvirtuándose la supuesta vulneración referida.

Mediante memorial recibido en fecha 27 de junio de 2013, el IBCH solicitó desglose de la documentación original arrimada a los descargos correspondientes al Testimonio de Escritura Pública Constitutiva y Estatutos del IBCH, solicitud atendida mediante Auto Administrativo de 01 de julio de 2013, notificado en fecha 05 de julio de 2013 documentación que hasta el presente no fue recogida por el IBCH.

Por Auto Administrativo de fecha 17 de julio de 2013, notificado en la misma fecha, se amplió el término para producción de pruebas dentro del procedimiento sancionador seguido contra el IBCH y mediante memorial recibido en fecha 09 de julio de 2013, el IBCH solicitó la consignación del proveído de 26 de junio de 2013 en una Resolución Administrativa. Solicitud rechazada mediante Auto Administrativo de 23 de julio de 2013, toda vez que el citado proveído no constituye una circular, orden, instructivo o directiva, tal como requieren los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 y que el proveído no constituye un acto de carácter definitivo, siendo un acto de mero trámite.

Por Memorial recibido en fecha 14 de junio de 2013, el IBCH presentó descargos solicitando lo siguiente: “(...) pedimos a su autoridad pronunciarse expresamente sobre la invocación a la nulidad y anulabilidad de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDNN°041/2013, hecha en este memorial y en el memorial de 10 de junio pasado, y pronunciarse en el fondo, desestimar todos los cargos notificados al Instituto Boliviano del Hormigón y el Cemento, a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDNN°041/2013 referida, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de

Empresas el 17 de mayo de 2013", memorial atendido por Auto Administrativo de 17 de junio de 2013, notificado en fecha 25 de junio de 2013 señalando que los descargos presentados por el IBCH se tenían por presentados y que los argumentos expuestos así como la documentación presentada, sería considerada al momento de redactar la correspondiente resolución, de conformidad al artículo 46, parágrafo II de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Por nota recibida en fecha 19 de julio de 2013, el IBCH solicitó ampliación de plazo para la presentación de la información requerida mediante Auto Administrativo de 17 de julio de 2013, respondida mediante Auto Administrativo de 23 de julio de 2013, notificado en fecha 24 de julio de 2013, señalando que el plazo no puede ser ampliado conforme a procedimiento.

Mediante memorial recibido en fecha 15 de julio de 2013, el IBCH ofreció y presentó pruebas de descargo solicitando lo siguiente: *"(...) Solicitamos a su Autoridad que la prueba aportada en este memorial, junto con aquella ofrecida con anterioridad y que ratificamos en su integridad, sea tomada en cuenta de manera justa y que sea debidamente valorada de acuerdo a los incisos k) y m) del Artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por el Decreto Supremo N°27113, respetando en todo momento en principio de buena fe."*

Por memorial recibido en fecha 31 de julio de 2013, el IBCH presentó información y prueba adicional solicitando que *"la misma se adjuntada al resto de la prueba anteriormente presentada para que sean analizados junto con ella, bajo los principios de sana crítica y buena fe"*. Memorial atendido mediante Auto Administrativo de 01 de agosto de 2013, notificado en fecha 5 de agosto de 2013.

Descargos presentados por IBCH

En atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, el IBCH **presentó memorial de 14 de junio de 2013**, señalando los siguientes argumentos de descargo:

- a) Irretroactividad y Prescripción,
- b) Incompetencia de la AEMP,
- c) Anulabilidad y Nulidad,
- d) Naturaleza del IBCH y
- e) Descargos Puntuales.

Asimismo el IBCH solicitó que en virtud a los argumentos expuestos, la AEMP se pronuncie sobre la invocación de nulidad y anulabilidad de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, y pronunciándose en el fondo, desestimando todos los cargos notificados a través de la citada Resolución. Adicionalmente el IBCH presentó prueba y argumentos a través de sus memoriales de 15 de julio de 2013 y de 31 de julio de 2013.

Todos los argumentos técnicos y jurídicos expuestos por el IBCH, además de la documentación aportada por éste dentro el procedimiento sancionador, son analizados y valorados a continuación de acuerdo al principio de la sana crítica.

II. ANALISIS JURIDICO DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LA COMPAÑIA INDUSTRIAL DE TABACOS S.A.

1. INFORME TÉCNICO AEMP/DTDCDN/EGS/N° 091/2013.

De acuerdo al análisis técnico económico efectuado a los antecedentes del Procedimiento Sancionador iniciado por la AEMP contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón, se emitió el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 091/2013 de 13 de agosto de 2013, el cual, luego de analizar los argumentos propuestos por dicha empresa, concluye lo siguiente:

- **Queda desvirtuado** el argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría "...*actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519*", y por el contrario queda demostrado que el IBCH es un Agente Económico que realiza actividades económicas.
- El análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración carece de verdad material y formal.
- Queda demostrada la relación de causalidad de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH.
- Queda demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.
- Queda demostrada la causalidad entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.
- La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde el Presidente del Directorio hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios**

del sector cementero (es decir un acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva).

- **Se demostró la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser parcial e incorrecto**, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.
- No toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.
- El Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH hace referencia a la coordinación de las asociadas para fijar de precios de venta de producto, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Según la legislación europea rescatada por el propio IBCH, la información intercambiada por empresas miembros del IBCH es aquella utilizada por miembros de un cartel para realizar un monitoreo a las participaciones de mercado y con ello realizar ajustes ante posibles desviaciones del acuerdo.
- Queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**
- Las pruebas aportadas por el IBCH destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes, toda vez que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por estas actividades.**
- Los distintos certificados presentados por el IBCH que supuestamente demuestran el carácter técnico de dicho instituto, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.
- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y el mismo tiempo permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de territorios de un

acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**

- Los cuadros de *producción y ventas por Año* publicados en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.
- Queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas.**
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión.

2. ANÁLISIS JURÍDICO.-

Sin perjuicio del análisis técnico efectuado a todos descargos presentados por el IBCH en atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, a continuación se analizan los argumentos vertidos por esta empresa con relación a situaciones procesales y de orden jurídico, de acuerdo al siguiente detalle:

SUPUESTA IRRETROACTIVIDAD Y PRESCRIPCIÓN

a. Irretroactividad.-

1. Lo que debe quedar claramente establecido, como elemento central y determinante para el análisis, es que las conductas anticompetitivas establecidas en el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, cuya presunta comisión acusa la AEMP, son tales precisamente a partir de la publicación de dicha norma en la Gaceta Oficial de Bolivia N° 3082 el 17 de abril de 2008.
2. En ese entendido, las conductas anticompetitivas contempladas en la referida norma, sólo merecen sanción a partir del 17 de abril de 2008, momento a partir del cual esas conductas quedaron tipificadas como prácticas anticompetitivas por el Decreto Supremo N° 29519, no antes, porque antes de esa fecha esa norma no



0704



puede regir, por un elemental principio de seguridad jurídica y de validez de las normas en el tiempo.

3. Teniendo en cuenta lo señalado y que además en el cuarto párrafo del Considerando (Conclusiones) de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, la AEMP expresa que "... el procedimiento sancionador es consecuencia de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, el periodo de investigación se remite al mismo periodo de investigación que dio origen a dicha resolución, es decir el periodo que comprende los años 2010-2011", la investigación y análisis de antecedentes que realice la AEMP debería centrarse en la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas en el periodo 2010-2011.
4. Por lo expuesto, el análisis de antecedentes y la fundamentación de la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas en hechos anteriores al periodo de investigación resulta improcedente, en tanto los periodos anteriores no están sujetos a la normativa que la AEMP pretende aplicarnos.
5. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado advierte que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de las casos señalados por la Constitución".
6. Si revisamos el inciso c. del tercer párrafo del Considerando (Procedimiento Legal) de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, al respaldar las diligencias preliminares, afirma que: "Se evidenció indicios sobre la existencia de la conducta investigada, las cuales se habrían efectuado de forma continua en el periodo comprendido entre la gestión 2001 y 2011".
7. Claramente se demuestra que la AEMP está vulnerando la garantía de irretroactividad, al utilizar como respaldo actas de las gestiones 2001 y 2002, que por lo demás no son del Instituto.
8. Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional No. 0011/2002, de 5 de febrero afirma que: "... Una Ley es retroactiva cuando sus efectos se proyectan sobre hechos, actos o relaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, es decir, cuando incide sobre relaciones jurídicas legalmente establecidas y consagradas. La retroactividad implica la aplicación de una Ley nueva a hechos anteriores a su promulgación. A esta altura del análisis conviene recordar que en la doctrina constitucional se hace una distinción entre la retroactividad 'auténtica' y la 'no auténtica' de la Ley; entendiéndose por la primera la regulación con una nueva disposición una existente situación jurídica con efectos en el tiempo pasado, que sustituyen el lugar de un orden jurídico vigente en periodos anteriores, por una diferente; en cambio se entiende por retroactividad no auténtica, conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas".



9. La Autoridad hace un detalle de las actas de Directorio en las que presumiblemente para la AEMP constan acuerdos colusorios y que la AEMP usa como base de su acusación. De cuatro actas, tres corresponden a las gestiones 2001 - 2002 y corresponden a reuniones de Directorio de la empresa FANCESA, sobre las que por supuesto no puede pronunciarse el IBCH, en tanto son documentos de una persona ajena, y sólo una es del IBCH, pero tal acta corresponde a una reunión efectuada en febrero de 2011 (es decir, un período anterior a los dos últimos años sobre los cuales la AEMP podría investigar y eventualmente sancionar).

En esta primera parte, el IBCH presenta como argumento de defensa el hecho que la AEMP aparentemente se encontraría en la posición de sancionar a dicho instituto por la comisión de conductas realizadas durante las gestiones 2001 - 2002.

La apreciación realizada por el IBCH respecto a los fundamentos de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013 de 17 de mayo de 2013, es errónea toda vez que altera el orden de la redacción realizada por la AEMP, ya que el inciso "c" al que hace referencia el IBCH evidentemente señala:

"Se evidenció indicios sobre la existencia de la conducta investigada, las cuales se habrían efectuado de forma continua en el periodo comprendido entre la gestión 2001 y 2011".

De lo anterior se establece que además se presentarían evidencias de ser una conducta continua que se habría estado realizando desde el año 2001 hasta llegar al período de investigación 2010-2011, hecho que se encuentra ratificado por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013, cuyo párrafo cuarto del Considerando (Conclusiones), explica y aclara:

"Que, la duración del intercambio de información en el IBCH por parte de las empresas cementeras aparentemente es constante desde su creación. Sin embargo, toda vez que el presente procedimiento es consecuencia de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012, el periodo de investigación se remite al mismo periodo de investigación que dio origen a dicha resolución, es decir al periodo que comprende los años 2010 - 2011."

Como puede observarse de la citada redacción, se establece claramente que el periodo de investigación comprende los años 2010 - 2011 que concluyó con la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 115/2012, en la cual se denota una participación activa del IBCH en lo que refiere a la información desagregada entregada a las empresas cementeras competidoras entre sí y los acuerdos que se realizaban en sus Juntas de Directorio, evidenciando que tales conductas aparentemente eran constantes desde su creación. Sin embargo, únicamente se sancionó a las empresas cementeras por el periodo de investigación, durante el cual las citadas conductas ya son consideradas reprochables por mandato del Decreto Supremo Nº 29519 y el procedimiento de investigación es definido por el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial Nº 190. Actualmente, el IBCH al haber formado parte de tales conductas anticompetitivas realizadas durante las gestiones 2010 y 2011

Ahondando en la explicación, las conductas anticompetitivas, hasta antes de la emisión del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, el cual tiene por objeto regular la competencia frente a conductas lesivas que influyan negativamente el mercado, no eran reprochables, pero a partir de la publicación de este Decreto comenzaron a serlo. En todo caso, se hubiera esperado que con la emisión de esta disposición normativa, el IBCH, se halle disuadido de permitir que las empresas cementeras, participen de las reuniones del directorio del IBCH a través de sus gerentes generales y sostengan o mantengan una conducta de coordinación. Sin embargo no fue así, toda vez que, del análisis realizado se llegó a obtener indicios de que las empresas cementeras mantenían reuniones de coordinación a través del IBCH luego de emitirse el citado Decreto Supremo N° 29519.

El hecho de haber persistido con la conducta anticompetitiva pese a la emisión de una nueva disposición de Defensa de la Competencia del año 2008, tal como puede evidenciarse del Acta N° 78 de Reunión de Directorio del IBCH de 21 de febrero de 2011, hace reprochable la conducta del IBCH, al observar que todas las empresas cementeras que la conforman desafían al Estado al aprobar conductas que fueron coordinadas y consumadas en reuniones del IBCH. Lo cual inevitablemente conlleva al trámite del procedimiento sancionador en el que resulta aplicable el Decreto Supremo N° 29519, dada la obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. como señala la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, por lo que resulta inapropiado hacer alusión a una supuesta vulneración el principio de "Irretroactividad de la Ley".

Asimismo, pese a que el análisis histórico de la conducta de las empresas cementeras, fue realizado desde la gestión 2001, la AEMP al encontrar que las conductas ya reprochables desde el 2008 por mandato del Decreto Supremo N° 29519, continuaban realizándose durante el periodo de investigación 2010 y 2011, las mismas fueron sancionadas mediante la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, no por el periodo de tiempo en el que comenzó el IBCH a entregar información desagregada a empresas competidoras entre sí o por el periodo de tiempo en que permitió que las empresas acuerden conductas conjuntas, sino por el periodo de tiempo que permite la ley (dentro los 2 años de conocido el hecho) y dentro el cual dichas conductas son reprochables como por ejemplo el Acta N° 78 de 21 de febrero de 2011.

Con relación a que las conductas analizadas por la AEMP corresponderían a gestiones pasadas, y que de acuerdo al análisis técnico del ente regulador ha permanecido en el tiempo como se demuestra en las Actas analizadas desde el 2000 hasta el Acta N° 78 de Reunión de Directorio de 21 de febrero de 2011, el Tribunal Constitucional hace referencia al caso de conductas en el tiempo, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0283/2013 de 13 de marzo de 2013, que señala lo siguiente:

"Una temática que precisa ser considerada, es la relativa a la clasificación de los delitos por el momento de su consumación y la duración de la ofensa al bien jurídico protegido. Al respecto, la SC 0190/2007-R de 26 de marzo, haciendo referencia a las SSCC 1190/2001-R y 1709/2004-R, concluyó lo siguiente: en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la

prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación.”

La citada Sentencia Constitucional N° 0190/2007-R a su vez señala:

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre, hizo referencia a la clasificación de los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico, señalando, entre ellos a los tipos instantáneos y a los tipos permanentes, conforme al siguiente entendimiento: “En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva”.

Posteriormente, la SC 1709/2004-R, 22 de octubre puntualizó aún más la diferencia entre delitos instantáneos y permanentes, al determinar que: “(...) en función a la duración de la ofensa al bien jurídico vulnerado, los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que -como se tiene referido en la Sentencia constitucional citada precedentemente- son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. **Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.** Sin embargo, la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo”. (Las negrillas son nuestras)

Conforme a la jurisprudencia glosada precedentemente, en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación”¹.

¹ Sentencia Constitucional N° 0190/2007-R; Sucre 26 de marzo de 2007; Expediente: 2006-13795-28-RAC; Distrito: La Paz; <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resolucion16022.html>

De acuerdo al criterio descrito precedentemente por el Tribunal Constitucional de Bolivia, la conducta del IBCH se halla en la categoría de infracciones de tipo "permanente", toda vez que el estado dañoso o de peligro proveniente de la conducta del IBCH no se agota en un solo instante, como se puede apreciar de los análisis efectuados por el ente regulador, sino que aparentemente subsistirían en el tiempo como la ha determinado la AEMP durante la gestión 2011, periodo de tiempo que se encuentra en el margen de sanción, es decir que, de verificarse los indicios y presunciones el ente regulador estará plenamente facultado a imponer una sanción.

A manera de conclusión respecto a este punto, ha quedado establecido que el ente regulador no ha vulnerado el principio de irretroactividad, toda vez que no se persigue ni procesa la ilicitud de una conducta realizada en el año 2001, sino que al tratarse de una conducta "permanente", que persiste hasta el 2011 inclusive, se inició proceso únicamente por la realización de esta conducta durante las gestiones 2010 y 2011, período en el que la conducta ya era reprochable por encontrarse en vigencia el Decreto Supremo N° 29519, en consecuencia, se establece que no existe aplicación retroactiva de la citada norma, como equivocadamente afirma el IBCH.

b. Prescripción.-

Por otra parte el IBCH señala que la AEMP habría iniciado el procedimiento en mayo de 2013, por lo que los dos periodos anteriores a mayo de 2011 ya se encontrarían prescritos y no se podría suscitar la imposición de ningún cargo, aún en el caso de evidenciar alguna conducta sancionable. Todo esto de acuerdo a los argumentos descritos a continuación:

10. La Prescripción es una Institución Jurídica contemplada en la Ley del Procedimiento Administrativo (Ley 2341), por la cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos, aceptándose ésta como una medida extintiva o liberatoria, mediante la cual se pierde el derecho de sancionar al regulado por la inacción de la Autoridad Administrativa (en este caso), por el transcurso del tiempo.
11. El artículo 7 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 29 de mayo de 2008, dispone que "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341".
12. En ese entendido y considerando que el presente proceso fue notificado en mayo de 2013, tendríamos que los periodos anteriores a mayo de 2011 (dos años antes) ya estarían prescritos y no podrían suscitar la imposición de ningún cargo, aun en el caso que esa acta evidenciara la comisión de alguna conducta anticompetitiva sancionable, lo que no es el caso ni admitimos.
13. En concordancia con lo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo establece, en su artículo 79 que: "*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años*".

14. Dado que la última acta que la AEMP utiliza para "demostrar" la existencia de los indicios que ocasionaron los cargos, es del 21 de febrero de 2011, el presente procedimiento sancionador está prescrito por ley en cuanto al IBCH.
15. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, y sin que consintamos de ninguna manera la vigencia de este procedimiento, debemos advertir que el párrafo del Acta N° 78 que objeta la AEMP ha sido descontextualizado, puesto que si se revisa esta acta íntegra y las vecinas, se podrá concluir sin duda que en el momento de su redacción existía una marcada escasez de cemento en el país y de manera absolutamente extraordinaria se habla de realizar una importación especial para las industrias hormigoneras de manera que dichas industrias asuman un costo adicional, propuesta que, sin embargo, nunca llegó a materializarse.
16. En esta acta se acordó presentar el tema mencionado al Ministerio de Obras Públicas, por ello resulta inaudito que un "indicio" de una conducta anticompetitiva sea una discusión transcrita en la que los presuntos culpables señalan que informarán al Ministerio tal cuestión.

Respecto de la supuesta prescripción del procedimiento que argumenta el IBCH, el artículo 7 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 en concordancia con el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, evidentemente establece el plazo de dos (2) años para la prescripción de sanciones computables a partir de los hechos actos u omisiones constitutivos de la infracción.

El IBCH de acuerdo a los argumentos expuestos, omite considerar la interrupción de la prescripción, descrita en el párrafo siguiente que señala: "La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia (ahora AEMP) realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor".

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, una vez concluido el procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas cementeras a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, evidenciando que el Acta N° 78 del IBCH constituía uno más de los elementos que dejaron en evidencia una conducta coordinada entre las empresas SOBOCE S.A., COBOCE LTDA., FANCESA e ITACAMBA CEMENTO S.A., decidió dar inicio al procedimiento administrativo a través del **Auto Administrativo de 15 de febrero de 2013 de Diligencias Preliminares, notificado el día 20 de febrero de 2013**, como cursa en antecedentes del procedimiento, es decir, antes del 21 de febrero de 2013, fecha en la que se habrían cumplido los 2 años.

El Auto Administrativo de Diligencias Preliminares a efecto de organizar y reunir todas las actuaciones preliminares necesarias, que permita identificar a las personas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación de procedimiento, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso, así como todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes para comprobar de modo fehaciente, la existencia y veracidad de las supuestas infracciones, a través del cual se requirió al IBCH en fecha 15 de febrero de 2013, la siguiente documentación:



- **Copia Legalizada del Acta N° 78 de Reunión de Directorio de 21 de febrero de 2011.**
- Copia Legalizada de las Actas de Reunión de Directorio suscritas en el periodo comprendido entre las gestiones 2009 al 2012.
- Estados Financieros con cierre a diciembre del año 2012.
- Estatutos de constitución del Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón.
- Cronograma de recepción de información proporcionada por las empresas cementeras dentro el periodo comprendido entre las gestiones 2009 al 2012.

Como puede observarse, la AEMP una vez identificada la posible infracción, decidió iniciar el procedimiento administrativo ante la existencia de prácticas anticompetitivas, disponiendo el inicio de diligencias preliminares en fecha 15 de febrero de 2013. En este sentido, claramente es posible afirmar que no transcurrieron dos años después de conocido el hecho hasta que se dio inicio al procedimiento administrativo y se puso en conocimiento del mismo al IBCH, por consiguiente, no se ha operado la prescripción por haberse interrumpido la misma.

c. Incompetencia de la AEMP.-

Otro de los argumentos del IBCH se encuentra sustentado en una supuesta carencia de competencia por parte de la AEMP de iniciar un procedimiento administrador en su contra, al encontrarse la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 que da origen al procedimiento administrativo iniciado en su contra, pendiente de resolución ante el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, todo esto bajo los siguientes argumentos:

17. De la revisión del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE/No.046/2013, se logra advertir que la AEMP ha procedido a sancionar a las empresas cementeras (asociadas del IBCH) SOBOCE, FANCESA, COBOCE e ITACAMBA por haber incurrido, presuntamente, en la comisión de prácticas anticompetitivas absolutas, enmarcadas en el Art. 10 del D.S. No. 29519. En consecuencia y de acuerdo al Art. 6 de la Ley 2341, existe conflicto de competencias con el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural y la AEMP.
18. El IBCH, por medio de la prensa nacional, sabe que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/115/2012, ha sido objeto de recursos de Revocatoria y Jerárquico. Esto quiere decir entonces, que dicha Resolución está **pendiente de resolución definitiva y ejecución** y por tanto, al encontrarse en sede administrativa, la AEMP no puede iniciar proceso administrativo al IBCH, pues se hallan en estado de resolución dos actos jurídicos:

a) Que adquiera calidad de cosa juzgada la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/115/2012, en tanto, entendemos que dicha Resolución se halla radicada ante la Autoridad Jerárquica, quien debe aún dictar su resolución.

b) De acuerdo al D.S. N° 27175, el depósito de las respectivas multas - realizado por las empresas cementeras- sólo constituye el medio de habilitación para la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico.



Esto supone que el proceso emergente de la RESOLUCIÓN RA/AEMP/DTDCDN/115/2012, está bajo la competencia en objeto, causa y materia, en el Ministerio que ejerce tuición conforme al D.S. N°0071/2009. Por consiguiente, su Autoridad debe suspender el proceso contra el IBCH, porque existe un fallo pendiente en instancia superior (Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural).

19. El Art. 6 (CONFLICTOS DE COMPETENCIA) de la Ley N° 2341, dispone: I. La autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, podrá pronunciarse respecto a su competencia para conocer un asunto. II. Los conflictos por razón de competencia entre autoridades administrativas serán resueltos por la autoridad que corresponda conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública.
20. Por su parte, el D.S. N° 27175 dispone: *Artículo 8.- (Conflictos de Competencia). I. Los Superintendentes del SIREFI, de oficio o a petición de parte, podrán pronunciarse respecto a su competencia para conocer un determinado asunto. (...)*
21. El IBCH pide por tanto a la AEMP, emitir la respectiva resolución respecto a su competencia con referencia a los (4) cuatro recursos jerárquicos emergentes de la RESOLUCIÓN RA/AEMP/DTDCDN°115/2012, que es vinculante en contenido a la notificación con cargos al IBCH (Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de fecha 17 de mayo 2013). Y en consecuencia, defina su competencia y deje en efecto suspensivo la Resolución señalada hasta que la Autoridad Jerárquica se pronuncie.
22. En tal sentido, al amparo de las normas citadas, previa resolución su Autoridad deberá pronunciarse expresamente sobre su competencia y evitar nulidades posteriores que perjudiquen actos administrativos ya emitidos y garantizar el "debido proceso".

La Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, declara probada la comisión de Conductas Anticompetitivas Absolutas, descritas en el artículo 10, parágrafo I, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, por parte de SOBOCE S.A., COBOCE LTDA., FANCESA e ITACAMBA CEMENTO S.A. en lo que corresponde.

De acuerdo a lo señalado por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, se inició procedimiento administrativo sancionador en contra del IBCH por la presunta obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., COBOCE LTDA., FANCESA e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP como se señala en el párrafo anterior.

Respecto a la validez y eficacia de los actos administrativos el artículo 32 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 24 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175 establece que: "I. Los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley se presumen válidos y producen efectos desde

la fecha de su notificación o publicación” [...] “II. La eficacia del acto quedará suspendida cuando así lo señale su contenido”.

Por lo precedentemente expuesto, una vez notificada la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012, la misma es válida y produce efectos jurídicos, salvo que el acto hubiese quedado suspendido, caso que no concurre al presente. Este criterio se halla respaldado por el artículo 23 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 que señala: “La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el artículo 40 del presente Reglamento”, artículo que establece como salvedad la existencia de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, los cuales no fueron acreditados por los posibles afectados.

El artículo 55 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las resoluciones definitivas de la Administración Pública, una vez notificadas, serán ejecutivas y la Administración Pública podrá proceder a su ejecución forzosa por medio de los órganos competentes en cada caso. Adicionalmente, el citado artículo señala que “la Administración Pública ejecutará por sí misma sus propios actos administrativos conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa...”.

Asimismo el artículo 69 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 señala en su parágrafo II que: “La interposición de los recursos administrativos... no suspenderán la ejecución de la misma, por tal efecto devolutivo con el que deben ser concedidos...”. Finalmente, el Decreto Supremo Nº 27113 señala en su artículo 49 parágrafo I que: “El acto administrativo es obligatorio y exigible a partir del día siguiente hábil al de su notificación o publicación”.

Por todos los argumentos descritos en la normativa aplicable vigente, citados precedentemente, es posible establecer que la AEMP, se encuentra plenamente facultada a exigir el cumplimiento de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012, sin necesidad de esperar la resolución de los recursos administrativos que se hubiesen interpuesto en su contra.

Por otra parte, el inicio del procedimiento sancionador en contra del IBCH no se halla condicionado a ningún otro acto administrativo, como se observó anteriormente, la AEMP declaró probada la comisión de las conductas anticompetitivas por parte de las empresas cementeras, lo cual es suficiente para iniciar investigaciones respecto a aquellos agentes económicos que hubiesen participado y facilitado la comisión de dichas prácticas anticompetitivas, como en el presente caso por haber obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras, que derivaron en la comisión de las prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a), b) y c) del Decreto Supremo Nº 29519.

Por lo expuesto precedentemente, al no ser necesaria la existencia de una resolución de recurso alguno para que la resolución recurrida surta efectos jurídicos y sea exigible, se establece que la AEMP posee plena competencia para iniciar el procedimiento sancionador correspondiente en contra del IBCH por las causales descritas en antecedentes.

0635

d. Anulabilidad y Nulidad.-

Sobre estos puntos, el IBCH argumenta lo siguiente:

23. Como lo hicimos notar en nuestro memorial presentado el 10 de junio pasado, en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, la AEMP hace referencia a actos administrativos de los cuales el IBCH desconoce su contenido técnico y jurídico y no le permite al Instituto asumir defensa de forma apropiada; tal el caso del acto administrativo RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de fecha 23 de noviembre 2012, que sólo se transcribe en su parte Resolutiva y cuyo contenido no nos fue notificado.
24. Hicimos notar igualmente, que la Resolución Administrativa RA/AEMP/ DTDCDN/N° 041/2013, hace referencia al Acta No. 03/2001 de 03 agosto 2001, al Acta N° 07/2001 de 14 diciembre de 2001 y al Acta No. 09/2002 de 22 de febrero de 2002, que corresponden a reuniones realizadas por FANCESA, de la cuales el IBCH también desconoce su contenido -en tanto se trata de actos de un asociado -que tiene personalidad jurídica distinta-y no puede por tanto asumir defensa sobre ellos.
25. La indefensión que por esa omisión se nos ha causado es evidente, ya que no ha tenido lugar un requisito esencial, previsto por las normas aplicables, precisamente para precautelar que no se violen derechos subjetivos de los interesados, como lo hemos alegado antes en este procedimiento sancionatorio.
26. La Resolución RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 se dictó violando preceptos constitucionales que resguardan las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y la irretroactividad de la ley, así como los derechos a la propia imagen. Es por eso, que dicha Resolución es nula de pleno derecho conforme al artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero además es anulable, conforme al artículo 36 de la misma Ley.
27. La Resolución RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 es nula y anulable porque al iniciar el procedimiento sancionador contra el IBCH -acusándolo de la presunta comisión de prácticas anticompetitivas-, con el respaldo de documentos que el IBCH desconoce y a los cuales no tuvo acceso, como las actas de Directorio de FANCESA y la RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, la AEMP incurre en las causas detalladas en los incisos e) y d) del parágrafo 1 del artículo 35 y en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Esta acción genera un estado de indefensión para el Instituto pues no le permite asumir defensa de forma apropiada ni efectuar descargos plenamente, y se vulnera su derecho al debido proceso, la presunción de inocencia, a la defensa y el principio de irretroactividad de la norma.
28. Cabe recalcar que en nuestro memorial presentado el 10 de junio pasado el IBCH, invocando los incisos c), d) y e) del parágrafo 1 del Artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, solicitó a la AEMP, con el objeto de evitar nulidades y anulabilidades posteriores que contravengan la Constitución Política del Estado, subsanar y sanear el procedimiento y que se le notifique con los documentos citados en el párrafo precedente.

29. Toda vez que la AEMP no ha subsanado los vicios anotados que dan lugar a la nulidad del proceso, ni convalidado ninguna de las causales anulabilidad, conforme lo establece el parágrafo I del artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el IBCH se reserva el derecho de invocar esas nulidades y anulabilidades en los recursos administrativos que prevé la ley, de acuerdo a lo establecido en el parágrafo IV del Artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, la AEMP, dispuso el inicio del procedimiento sancionador en contra del IBCH por la presunta obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANESCA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Conforme al procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia, la AEMP se encuentra facultada a otorgar al presunto infractor, un plazo no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos para que presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo. En este sentido, para la presentación de descargos a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, se otorgó al IBCH un plazo de diez (10) días hábiles administrativos dentro el marco previsto.

La resolución de inicio de procedimiento sancionador, fue notificada al IBCH en fecha 23 de mayo de 2013. En atención al acto administrativo notificado, el IBCH mediante nota de 29 de mayo de 2013, solicitó ampliación de plazo de quince (15) días adicionales, para dar respuesta a la citada resolución. Sin embargo, al no contemplarse en el procedimiento administrativo una ampliación del plazo para presentar descargos, el plazo inicial de diez (10) días hábiles administrativos, fue extendido por cinco (5) días mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N° 0545/2013 de 31 de mayo de 2013, haciendo un total de (15) días hábiles administrativos que es el máximo legal permitido. **Corresponde hacer notar que durante la tramitación de todo el proceso sancionador, ningún personero del IBCH se constituyó en la sede de la AEMP a efecto de revisar los antecedentes del caso.**

Mediante nota de 05 de junio de 2013, el IBCH solicitó copia simple del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE N° 046/2013 y del Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC N° 047/2013, los cuales fueron entregados con la nota de atención AEMP/DESP/DTDCDN/N° 0608/2013.

Mediante memorial de 10 de junio de 2013, el IBCH expone supuestos agravios al señalar que no habría tenido conocimiento de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, así como las Actas N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001, N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001 y N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002, y que por tanto, no podía asumir defensa al encontrarse en estado de indefensión. En este sentido, el IBCH solicitó con el fin de evitar nulidades posteriores, le sean notificados los citados documentos, y le sea ampliado el plazo para presentar descargos.

En su petición el IBCH omite señalar un domicilio procesal en su primera actuación conforme exige el artículo 28, parágrafo I, del Reglamento aprobado por Resolución



Ministerial N° 190 del Ministerio de Producción y Microempresa de 29 de mayo de 2008. Sin embargo, en aplicación del Principio de Impulso de Oficio descrito en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, fueron puestos en su conocimiento los documentos solicitados en la Zona de Obrajes, Av. 14 de Septiembre N° 6237 con el proveído de 12 de junio de 2013, señalando lo siguiente:

*“En atención al memorial de referencia, conforme establece el artículo 29 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190 del Ministerio de Producción y Microempresa, **“Los agentes económicos que intervengan en el procedimiento y aquellos que acrediten un derecho subjetivo o interés legítimo y que se relacione con el procedimiento en el que intervienen o con el derecho o interés que invocan, tendrán acceso a la documentación cursante en el ente regulador. Podrán obtener a su costa, mediante petición escrita, certificados y copias legalizadas o simples. El expediente podrá ser examinado, salvo aquella información que el ente regulador califique como confidencial.”***

*Por lo expuesto precedentemente, el IBCH al ser parte del proceso sancionador iniciado por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 y conforme permite el procedimiento aplicable, se encuentra en la facultad de examinar los antecedentes del caso y asimismo requerir a este ente regulador la documentación que considere pertinente. **No obstante, hasta la fecha el IBCH no se constituyó en el ente regulador a efecto de revisar los antecedentes.** Asimismo, no cursan en la AEMP requerimientos de información por parte del IBCH a excepción de la nota de fecha nota Cite: GG/105/2013 de 05 de junio de 2013 atendida por la AEMP mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N° 0608/2013 de 07 de junio de 2013, y el memorial objeto del presente acto administrativo, en atención del cual se adjuntan los siguientes documentos:*

- Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCN/N° 0115/2012.
- Acta N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001.
- Acta N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001.
- Acta N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002.

En lo que refiere a su solicitud de ampliación de plazo, y considerando lo anteriormente señalado, estese al procedimiento descrito por el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190.”

Como puede observarse además de remitir la documentación solicitada, la AEMP recuerda al IBCH la facultad que posee, de acceder a toda la documentación que comprende los antecedentes del caso. Asimismo con relación a la ampliación de plazo para la presentación de descargos, se le solicita al IBCH remitirse al procedimiento aplicable en Regulación de la Competencia.

El IBCH invoca los incisos c), d) y e) del artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y señala la supuesta existencia de nulidad, sin embargo, no fundamenta cual es la relación existente entre tales incisos con el hecho realizado que permitan demostrar la existencia de la nulidad invocada, es decir, no adecúa el supuesto fáctico al



presupuesto legal que señala en su argumento. De igual forma, la anulabilidad con que advierte el IBCH no posee asidero jurídico o factico a ser analizado, por lo que se establece la inexistencia de causales de nulidad o anulabilidad en el procedimiento administrativo sancionador.

A través de su memorial de descargos de fecha 14 de junio de 2013, como se transcribió *in extenso* al comenzar el presente apartado, el IBCH señaló que la AEMP habría incurrido en causales de nulidad y anulabilidad al no haber tenido acceso a la *Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCN/Nº 0115/2012; Acta Nº 03/2001 de 03 de agosto de 2001; Acta Nº 07/2001 de 14 de diciembre de 2001; Acta Nº 09/2002 de 22 de febrero de 2002*, todo esto sin observar que el procedimiento le faculta acceder a la documentación en cualquier momento del proceso sancionador, facultad que no fue ejercida por el interesado.

Asimismo, a través del proveído de 17 de junio de 2013 emitido en respuesta al memorial de descargos de 14 de junio presentado por el IBCH, la AEMP, recuerda al IBCH lo siguiente:

*“A lo principal. Se tienen por presentados los descargos del IBCH dentro del proceso sancionador iniciado en su contra. **Asimismo, los argumentos expuestos así como la documentación presentada, serán considerados al momento de redactar la correspondiente Resolución, de conformidad al artículo 46, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.**”*

De acuerdo a la disposición enunciada precedentemente, es facultad de la AEMP efectuar la valoración de los argumentos y prueba presentada al momento de emitir la Resolución Administrativa respectiva, lo cual permite al IBCH presentar argumentos incluso en término de prueba.

Mediante proveído de 17 de junio de 2013, la AEMP dispone la apertura de término de quince (15) días hábiles administrativos para la producción de prueba, dentro de los cuales el IBCH podía inclusive presentar mayores argumentos conforme le faculta el procedimiento administrativo. Sin embargo, el IBCH a través de su memorial de 17 de junio de 2013 señaló supuesta violación de garantías constitucionales, argumentando:

“El instituto conoce la facultad que le da la ley para conocer los antecedentes de un proceso que se inicie contra él o sobre el que tenga algún interés legítimo. Es por ello que se ha solicitado copias de los documentos, que resultan esenciales en este proceso, pues la autoridad se apoya en ellos para acusarnos. Lo inaudito es que tales documentos hayan sido puestos en nuestro conocimiento a solo pocas horas de que se venciera el plazo del IBCH para presentar descargos precisamente contra un Resolución Administrativa que los utiliza como fundamento.” [...]

“Debemos remarcar que, pese a que lo solicitamos expresamente, la AEMP no otorgó un plazo adicional al IBCH para preparar sus descargos una vez que conociera los documentos mencionados, con lo que la privación del derecho a la defensa fue completa”. [...]

“Sin embargo, la AEMP lejos de subsanar los vicios apuntados (que como hemos alertado pueden dar lugar a la nulidad del proceso), o convalidado alguna de las

causales de nulidad, ha incurrido en la reiteración de la violación o garantías constitucionales fundamentales, como la garantía a la defensa y al debido proceso".
"Por todo lo anterior, y conforme a los argumentos expuestos en nuestro memorial de fecha 10 de junio y al que contenía nuestros descargos, pedimos nuevamente a su Autoridad pronunciarse expresamente sobre los vicios acusados y subsanarlos para evitar que se sigan violando nuestros derechos y garantías procesales y constitucionales".

Como puede evidenciarse de los párrafos transcritos del memorial de 17 de junio de 2013, es posible establecer que el IBCH reclama el tiempo que poseía para presentar sus descargos, pretendiendo que se amplíe al plazo de prueba en omisión del procedimiento legalmente establecido y atribuyendo su propia negligencia a la AEMP, a lo cual este ente regulador a través del Auto Administrativo de 26 de junio de 2013 respondió lo siguiente:

"Que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 que dio inicio al procedimiento sancionador contra el IBCH, fue debidamente notificada al IBCH en fecha 23 de mayo de 2013, entregándose una copia de la misma, evidenciándose que desde su notificación hasta el 05 de junio de 2013, fecha de presentación de su solicitud de fotocopias de los Informes AEMP/DTDCDN/EGS/RAE N° 046/2013 y AEMP/DTDCDN/ RMC N° 047/2013, transcurrieron trece (13) días calendario, es decir, ocho (8) días hábiles administrativos **dentro los cuales ningún funcionario del IBCH se apersonó al ente regulador a efecto de revisar los antecedentes del procedimiento sancionador iniciado en su contra**, ni requirieron, en ese plazo, fotocopias de los antecedentes que componen el mismo.

Asimismo, desde el mismo día de notificación realizada el 23 de mayo de 2013, hasta el 10 de junio de 2013, fecha en la que presentó su solicitud de fotocopias de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 y de las Actas de Directorio de FANCESA N° 03/2001, N° 07/2001 y N° 09/2002, el IBCH dejó transcurrir dieciocho (18) días calendario, u once (11) días hábiles administrativos, **sin que hubieran solicitado fotocopias de dichos documentos ni se hubiera apersonado físicamente a las oficinas de este ente regulador a efecto de revisar los antecedentes del citado procedimiento sancionador.**

Que la solicitud de fotocopias de fecha 10 de junio de 2013 realizada por el IBCH, fue atendida y autorizada mediante proveído notificado en fecha 14 de junio de 2013, en aplicación del principio de impulso de oficio, previsto en el artículo 4, inciso n) de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, **ya que el IBCH no señaló domicilio procesal tal como requiere el artículo 28, parágrafos I y II de la Resolución Ministerial N° 190** que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519.

Que asimismo, se evidencia que **la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/ N° 041/2013 notificada al IBCH, transcribe en su tenor las partes pertinentes de los documentos que ha requerido**, es decir, de la Resolución Administrativa RA/AEMP/ DTDCDN/N° 115/2012 de 23 de noviembre de 2012 y de las Actas de Reunión de Directorio de Fancesa N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001, N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001 y N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002, a efecto de que el IBCH tome conocimiento de su contenido y emita los descargos pertinentes, con lo

cual se establece que la AEMP dio cumplimiento al procedimiento legalmente establecido en resguardo del debido proceso y del derecho a la defensa.

Que en consecuencia, resulta carente de todo sustento que el IBCH señale una presunta violación de sus garantías constitucionales por parte de la AEMP, **cuando oportunamente tuvo conocimiento del contenido de los documentos que requiere y cuando la falta de obtención de fotocopias responde a la propia negligencia y pasividad del IBCH por no haberse apersonado a revisar los antecedentes o no efectuar su requerimiento anticipadamente.**

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, y en aplicación del artículo 46, párrafo II, de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, **en cualquier momento del procedimiento, el IBCH podrá formular argumentaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución**".

Como puede observarse, la AEMP ha dado oportuna respuesta a los supuestos vicios de nulidad y anulabilidad planteados por el IBCH, extendiendo fotocopias de los documentos solicitados y asimismo ha hecho notar al IBCH que puede en cualquier momento del procedimiento formular argumentaciones y aportar documentos, que de igual forma serían tomados en cuenta por la AEMP. En este sentido, se consideran al efecto los 15 días hábiles administrativos otorgados por la AEMP para la producción de pruebas dispuesto mediante proveído de 17 de junio de 2013 y la ampliación de este término conforme a procedimiento, a través del proveído de 17 de julio de 2013.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, se hace notar que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2013, al ser una Resolución de carácter definitivo, conforme establece el artículo 22, párrafo III, del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, fue publicada en la página web de la AEMP desde la fecha de su emisión. Lo cual, deja entrever la negligencia con la que el IBCH asumió defensa dentro el procedimiento sancionador, buscando encontrar de manera forzada supuestos vicios procesales en lugar de atender al fondo del asunto como se puede observar del análisis contenido en el procedimiento sancionador.

Revisada la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia, no existe disposición legal expresa que determine la obligación del ente administrativo de remitir toda la documentación señalada en el acto administrativo que da inicio al procedimiento sancionador, tal como pretendía el IBCH al observar que no le fueron notificadas las Actas de Reunión de Directorio de Fancesa N° 03/2001 de 03 de agosto de 2001, N° 07/2001 de 14 de diciembre de 2001 y N° 09/2002 de 22 de febrero de 2002. Este hecho no constituye causal de nulidad menos anulabilidad, porque no está así previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, y porque la AEMP le ha notificado con la Resolución de cargos la misma que contiene transcritos los documentos que el IBCH considera necesarios a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa, precautelando la garantía del debido proceso. Por otra parte, se evidencia que las actas solicitadas pertenecen a uno de sus afiliados, consiguientemente, pudo haberlas obtenido del mismo, demostrando una vez más la actitud negligente con la que actuó en este proceso.

Mediante memorial de 27 de junio de 2013, el IBCH solicitó el desglose de documentación, la cual fue aceptada mediante memorial de 01 de julio de 2013, sin

embargo hasta la fecha el IBCH no se apersonó a la AEMP a efecto de recoger el citado documento, dejando entrever de igual forma la negligencia y desinterés por revisar los antecedentes del procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra.

Por último, las causales de nulidad y anulabilidad descritas en el artículo 35, parágrafo I, y 36 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, conforme lo analizado precedentemente, no concurren en el presente caso al haberse aplicado de manera estricta el procedimiento descrito por el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519.

e. Debido Proceso.-

Otro de los argumentos señalados por el IBCH, consiste en que las actas de Directorio de FANCESA y la RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, no le fueron entregados junto con la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, por lo que la AEMP habría incurrido en las causas detalladas en los incisos e) y d) del parágrafo 1 del artículo 35 y en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo generando estado de indefensión para el IBCH pues no le permite asumir defensa de forma apropiada ni efectuar descargos plenamente, y se vulnera su derecho al debido proceso.

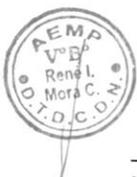
Respecto al debido proceso, Ismael Farrando citando al tratadista de Derecho Administrativo Gordillo señala: *“este derecho no puede convertirse en un mero ritualismo inútil, en el cumplimiento obligado y a desgano de una formalidad, sino que debe constituir una verdadera participación y protagonismo del interesado en el ejercicio de sus derechos”*.² Es decir, este principio debe respaldar la actividad del interesado en el sentido de no constituirse únicamente en un derecho sino en que este derecho sea ejercido de forma activa dentro el proceso. Ahora, para conocer el alcance de este derecho de una forma precisa, el mismo autor citado anteriormente señala:

“Básicamente, podemos distinguir cuatro aspectos de este derecho: a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a intervenir en su producción y a una decisión fundada”...

“a) El derecho a ser oído se traduce esencialmente en la posibilidad de formular descargo, verter argumentaciones y tener un acceso irrestricto a la totalidad de las actuaciones”...

“b) En cuanto al ofrecimiento y producción de prueba, cabe decir que toda la prueba relativa al derecho del interesado y que no sea manifiestamente improcedente debe ser sustanciada. Asimismo, tiene derecho a intervenir en las diligencias donde se concrete, asistiendo a las audiencias, las constataciones, etc.”...

“c) La decisión debe ser fundada, en el sentido de que debe contener un pormenorizado análisis de los argumentos vertidos y de las pruebas rendidas, exista o no fundamentación en derecho.”³



² Ismael Farrando y Patricia R. Martínez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.599.

³ Ismael Farrando y Patricia R. Martínez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.599.

Considerando los parámetros precedentemente establecidos en relación al debido proceso y revisado el proceso tramitado a cargo de la AEMP en contra del IBCH, se tiene que la AEMP le ha dado oportunidad para que formule descargos, aporte prueba, revise antecedentes, solicite fotocopias, etc. De igual forma ha respondido todas y cada una de las peticiones de forma fundada y dentro el marco normativo de defensa de la competencia.

En cuanto a que no se le puso en conocimiento de forma específica, los hechos que habrían motivado los cargos establecidos en su contra, cabe señalar que la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013, en su parte conclusiva, luego de realizar el análisis contenido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/RAE N° 046/2013 de 16 de mayo de 2013 y el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC N° 047/2013 de 17 de mayo de 2013, que valoran la documentación obtenida hasta entonces así como la conducta del IBCH descrita en antecedentes, establece claramente que la conducta anticompetitivas en las que posiblemente se habría incurrido, son las siguientes:

- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Puede apreciarse, la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 describe tres situaciones en las que el IBCH habría participado, específicamente en lo que refiere a la obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto



0687



Supremo N° 29519, las cuales habrían tenido como efecto la fijación de los precios del cemento; asimismo la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de éstas y que habría tenido como efecto la limitación o restricción a la distribución y comercialización del cemento y finalmente la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de las empresas cementeras y que habría tenido como objeto la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado del cemento. Cargos contra los que el IBCH debía presentar sus descargos.

Por lo expuesto anteriormente, se establece que la AEMP no ha vulnerado el debido proceso como equivocadamente afirma el IBCH, y por otra parte, el ente regulador, puso en conocimiento de esta empresa todos los hechos y actos que contienen los cargos por presuntas prácticas anticompetitivas, los cuales se hallan descritos en su parte pertinente a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013. Por otra parte, los documentos que solicitó el IBCH fueron puestos en su conocimiento a través del proveído de 12 de junio de 2013, cuya valoración podía ser argumentada y presentada por el IBCH dentro de los veinticinco (25) días hábiles administrativos que comprendió el periodo de producción de prueba, que habría sido analizada por el ente regulador de manera oportuna, sin embargo, el IBCH no ejerció debidamente su derecho y de forma tergiversada acusa a la AEMP como responsable de su propia negligencia.

f. Valoración de la prueba.-

El artículo 23 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, señala: *“La autoridad podrá rechazar las pruebas que a su juicio sean manifiestamente improcedentes o innecesarias”*. Asimismo, la citada disposición establece que: *“Las pruebas serán valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica”*, estos criterios son respaldados por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 47.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0275/2012 de 04 de junio 2012, establece que la Resolución definitiva debe contener la valoración de toda aquella documentación presentada por el administrado en este caso, esta valoración debe regirse por el principio de la sana crítica, el cual es descrito por la misma Sentencia de la siguiente forma:

Según la enseñanza de Savigny: *“La sentencia es un todo único e inseparable; entre los fundamentos y lo dispositivo media una relación tan estrecha que unos y otros no pueden ser nunca desmembrados si no se desea desnaturalizar la unidad lógica y jurídica de la decisión”*.

*“...la sentencia comprende un proceso intelectual complejo, crítico, valorativo y de voluntad, que no está exento de una operación lógica coherente. La combinación de estos elementos nos da como resultado la posibilidad de identificar dos criterios que podríamos considerarlos como los fundamentos para una debida motivación de las resoluciones judiciales. En otras palabras, **en una decisión bien motivada han de concurrir necesaria y complementariamente lo que podríamos denominar un criterio de verdad y uno de validez”**.*

El jurista argentino, Agustín Gordillo, en su Tratado de Derecho Administrativo, al referirse a los caracteres y requisitos que deben reunir las decisiones administrativas ha expresado: **“...no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos**

objetivamente ciertos... El acto debe resolver todas las peticiones formuladas (...) o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto todas las legislaciones y la doctrina son uniformes”.

Los tratadistas Ossorio y Florit afirman lo siguiente: **“Frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema de la sana crítica que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma”**. De la misma forma Eduardo Couture, asevera que: **“el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad”**.

“No basta la simple cita de preceptos legales, en una resolución para considerar motivada ésta, sino que es preciso que se expongan las argumentaciones pertinentes que conduzcan a establecer la decisión correspondiente”. En este sentido, José María Asencio, refiriéndose a la motivación de la sentencia en la legislación española, manifiesta que: **“en el relato fáctico no sólo debe incorporarse la narración de los hechos y la enumeración de las pruebas, sino también los motivos y razonamientos que han conducido al juez a dictar su fallo”**. “La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión (...) En definitiva, la motivación de la sentencia es la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad, es decir, que el razonamiento carezca de todo fundamento o bien sea erróneo”.

“Ni la sentencia puede pronunciarse sobre materia distinta, ni puede dejar de hacerlo respecto de cualesquiera de las cuestiones que lo integran (citra o mínima, extra y ultra petita), en virtud de la mutatio libelli”. (Las negrillas son nuestras)

Como puede apreciarse del análisis realizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, la AEMP no puede pronunciarse sobre materia distinta, ni puede dejar de hacerlo respecto a cualquiera de las cuestiones que integran la materia objeto de análisis, como en el presente caso se ha señalado que el objetivo de los cargos establecidos en contra del IBCH es la obtención de ventajas y beneficios a favor de empresas que las aplicaron para la comisión de prácticas anticompetitivas. En este sentido, **con el fin de establecer la pertinencia o no de las pruebas presentadas por el IBCH durante el procedimiento sancionador**, a continuación se describe el objeto de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013 de notificación de cargos e inicio del procedimiento sancionador:

- Presunta obtención de beneficios o ventajas por parte del IBCH a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo Nº 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado

por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

- Presunta obtención de beneficios o ventajas por parte del IBCH a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/ DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
- Presunta obtención de beneficios o ventajas por parte del IBCH a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/ DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Por otra parte, respecto a la valoración de la prueba Ismael Farrando señala: *“En principio, todos los medios son aceptados, pero en un procedimiento determinado, todo depende de que guarden relación con los hechos discutidos y sean conducentes a la solución del conflicto”*⁴

Una vez establecidos los lineamientos que permiten a la Autoridad realizar una correcta valoración de la prueba, corresponde hacer referencia a los argumentos expuestos por el IBCH en los memoriales de 5 de julio de 2013 y 31 de julio de 2013, los cuales son descritos a continuación en lo que refiere a valoraciones con criterio legal

Memorial recibido en fecha 15 de julio de 2013.-

- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, **el IBCH presentó documentos y expone hechos según los cuales se evidenciaría que ni la decisión de importación de clinker en los años 2010 y 2011, ni la propuesta de ITACAMBA de importar cemento para las empresas concreteras ni otros actos reputados por la AEMP como anticompetitivos, emergieron de un acuerdo colusorio, sino de la escasez de cemento y Clinker en el mercado, todo esto bajo los siguientes argumentos:**

“Adjuntamos en calidad de prueba, documentos e información que reflejan la evidente crisis en el mercado por la escasez de Clinker en el país, y sobre la que el propio gobierno se pronunció (como consta en las notas de prensa adjuntas); y que prueban también que el parágrafo del Acta No. 78 del Directorio del IBCH, que objeta la AEMP ha sido descontextualizado, pues puede advertirse claramente que en el momento de



⁴ Ismael Farrando y Patricia R. Martinez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.616.



su redacción existía una marcada escasez de cemento en el país y que por ello se habló de realizar una importación especial para las industrias hormigoneras, de manera que dichas industrias asumieran el costo adicional.”

“Las notas de prensa demuestran que las discusiones y propuestas de la Reunión de Directorio del IBCH, reflejadas en el Acta No. 78, no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser reputada como un acuerdo colusorio tendiente a producir conductas anticompetitivas como equivocadamente acusa la AEMP, pues está demostrado que las resoluciones tomadas por los asociados del Instituto responden a una coyuntura económica de claro desabastecimiento de cemento y a una necesidad (expresada incluso por el propio Gobierno) de importar Clinker y cemento.”

“Debajo del artículo principal se presenta una segunda nota, con el título. “Soboce prevee incrementar un 20% su producción este mes”. En líneas principales, esta nota señala: “este mes, la Sociedad Boliviana de Cemento (SOBOCE) prevé subir en 20% su producción de cemento. Para ello, emplea el cemento importado del Perú para fabricar hormigón...” Entonces, y como se conoció públicamente, SOBOCE utilizó el cemento importado del Perú en su planta de hormigón premezclado “Ready Mix”, y esto ha permitido contar con mayores cantidades de cemento para ofrecer al público, y es justamente lo que propuso analizar ITACAMBA en el Acta 78 del IBCH, oferta que, por lo demás nunca se realizó. No obstante, aunque se hubiese realizado, se trataba de una acción plenamente legal y que respondía a una circunstancia particular, reiteramos fue de conocimiento del Gobierno. Esta estrategia de uso de cemento importado en plantas de producción de hormigón no afecta al usuario y más bien es una solución para evitar la escasez de cemento. En este mismo artículo se explica la importación de Clinker por parte de SOBOCE. Queda por tanto claro que el Acta 78 no tiene la intención de fijar precios del cemento, como se ha descontextualizado, sino más bien proponer una estrategia para que se pueda contar con mayor cantidad de cemento en el mercado”.

Considerados los argumentos expuestos precedentemente, además de los documentos presentados, se establece que los mismos son impertinentes toda vez que la AEMP inició el procedimiento administrativo sancionador en contra del IBCH por la supuesta obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, incisos a), b) y c) del Decreto Supremo N° 29519, las cuales habrían tenido como efecto la fijación de los precios del cemento; asimismo la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de éstas y que habría tenido como efecto la limitación o restricción a la distribución y comercialización del cemento y finalmente la actuación coordinada en el territorio nacional por parte de las empresas cementeras y que habría tenido como objeto la distribución o imposición de porciones o espacios geográficos del mercado del cemento.

Conocidos los cargos establecidos en su contra, el IBCH aportó prueba de las razones que motivaron a la importación de clinker y las ofertas propuestas por ITACAMBA CEMENTO S.A., lo cual resulta impertinente con relación a los cargos formulados en su contra, toda vez que no se cuestiona la importación de clinker o las propuestas comerciales que realicen las empresas cementeras que conforman el Directorio del IBCH. Lo reprochable de su conducta es el beneficio económico que obtienen las empresas cementeras a partir de los acuerdos que adoptan en las reuniones celebradas en el IBCH,



producto de la información desagregada que les proporciona el mismo instituto. Acuerdos que fueron evidenciados en el proceso sancionador concluido mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012.

A efecto de desvirtuar los cargos establecidos en contra del IBCH, este instituto debía presentar toda aquella prueba que considere pertinente a efecto de desacreditar su participación en la fijación de precios del cemento que de acuerdo al análisis de la AEMP se habría efectuado en reuniones de Directorio del IBCH. Asimismo, debía presentar la prueba pertinente que desvirtúe el hecho que la información procesada y desagregada por este instituto, no puede ser utilizada de instrumento a efecto de controlar la distribución de cuotas de mercado y asignación de territorios. Sin embargo, esta documentación no fue presentada dentro el procedimiento sancionador.

- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, el IBCH también **presenta documentos y expone hechos según los cuales supuestamente demuestra el carácter técnico de los objetivos del IBCH**, bajo los siguientes argumentos:

“Nos remitimos a la Escritura Pública No. 252/1997 que contiene la constitución del IBCH y sus estatutos, cuyo original fue presentado a la Autoridad en calidad de prueba, que reflejan con claridad los objetivos del IBCH, que es una asociación Civil sin fines de Lucro de carácter científico y académico, entre los que se hallan la promoción, realización y difusión de todo tipo de estudios sobre el cemento, sus derivados, su producción, elaboración, sus aplicaciones correctas, etc.”

“En cuanto al trabajo de asesoramiento técnico que brinda gratuitamente el IBCH, adjuntamos los siguientes Certificados en copias legalizadas que prueban que el instituto realiza sus actividades en total conformidad con sus objetivos y que estos son plenamente lícitos, tal como lo reconoció la autoridad administrativa que le otorgó su personalidad jurídica:

- Certificado de la Administradora Boliviana de Carreteras, regional Santa Cruz.
- Certificado de la empresa Ecoviana.
- Certificado de la consultora CONNAL.
- Certificado de la consultora ACI.
- Certificado del Gobierno Autónomo Departamental de Santa Cruz.
- Certificado de SOBOCE.
- Copia del Acta de Recepción Definitiva del Contrato de “Asesoramiento Técnico en Pavimentos Rígidos y Mezclas con Ligantes Hidráulicos”.

Los documentos descritos precedentemente respaldan una serie de trabajos realizados para distintas instituciones públicas y privadas, sin embargo, no explica cómo es que los certificados le otorgan la calidad de lícitas a las actuaciones que desarrolla el IBCH o que demuestren que no participó ni facilitó la comisión de las prácticas anticompetitivas sancionadas.

La obtención de la personalidad jurídica por el IBCH así como la extensión de certificados en su favor por el trabajo realizado, no implican de ninguna forma que este instituto no haya colaborado en la obtención de beneficios o ventajas a favor de empresas

cementeras cuya conducta fue declarada anticompetitiva. Para la investigación y determinación de esta tarea, se tiene por competente a la AEMP, quien debe establecer la licitud o no de una conducta en materia de Defensa de la Competencia.

- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, **el IBCH también presenta documentos y hechos según los cuales supuestamente demuestra que la producción de estadísticas constituye un objeto lícito y necesario para el país**, bajo los siguientes argumentos:

“Como lo demostramos en el memorial de descargos, al que adjuntamos la Escritura de Constitución del IBCH, junto con sus estatutos (prueba que ratificamos en sus integridad), uno de los objetivos principales del IBCH es “recolectar información estadística sobre la industria del cemento y sus derivados”, actividad que por sí sola no constituye ningún ilícito” [...]

“Con todo esto demostramos que la AEMP se equivoca al pretender reputar, como una práctica anticompetitiva, la publicación estadística de información del IBCH”.

Con relación a este argumento, corresponde señalar que, si bien el IBCH conforme a su escritura de constitución recolecta información estadística sobre el cemento y sus derivados, conducta que por sí misma no es ilícita, se establece que el uso de esta información, conocida de forma desagregada por cada miembro del Directorio, que dicho sea de paso se halla conformada por los Gerentes Generales o personas con poder de decisión de las empresas cementeras que realizaron prácticas anticompetitivas declaradas como tales el 2012, se torna ilícita al obtener tales beneficios y ventajas constituidas en información para sus afiliados quienes son competidores entre sí y no debieran tener acceso a la información de las otras empresas competidoras.

Según señala dicho instituto, la AEMP consideraría que la publicación de la información estadística realizada por el IBCH sería una práctica anticompetitiva por lo cual se inició el proceso sancionador en su contra. Sin embargo, cabe precisar que el cargo establecido consiste en que la publicación de la información estadística realizada por el IBCH se ha constituido en una ventaja y beneficio para las empresas cementeras en la comisión de prácticas anticompetitivas que ya fueron demostradas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 115/2012, en este sentido, el objeto del procedimiento sancionador es la participación del IBCH a través de sus publicaciones que facilitaron a las empresas cementeras la comisión de prácticas anticompetitivas.

Por tanto, resulta innecesario afirmar como descargo que los objetivos principales del instituto son lícitos, si es que en la realidad esta condición de licitud es susceptible de variación, tal como ocurrió en el presente caso al haberse probado que la información desagregada elaborada por el IBCH sirvió y fue útil para la comisión de prácticas anticompetitivas.

- A través del memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, **el IBCH también presenta otros aspectos supuestamente probados con el aporte de la escritura de constitución del IBCH y los demás documentos presentados.**

“Que ni el objeto principal del instituto ni sus objetivos particulares constituyen actividades comerciales propiamente dichas, y por ello su objetivo principal no es efectuar operaciones que pudieran reportarle ganancias económicas.”

“Que el IBCH carece de facultades para fijar precios, cantidades ofertadas y/o distribuir el mercado o para realizar los actos y actividades de monitoreo, enlace y coordinación típicas de un cartel”.

“Que ni el objeto del IBCH ni en general su estatuto orgánico, contienen disposiciones que podrían interpretarse como una intensión del IBCH de servir de instrumento de colusión”.

Respecto a los argumentos expuestos por el IBCH, en lo que refiere a su actividad y a los objetivos de dicho instituto, si bien es posible evidenciar que varias de sus actividades se adecúan a sus estatutos orgánicos, materialmente también fue posible identificar las ventajas y beneficios obtenidos a partir de la información desagregada producida por el IBCH a favor de las empresas cementeras para la comisión de prácticas anticompetitivas, que son las siguientes:

- El análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web, **facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.**
- **Queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de **carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH.**
- **Queda demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.**
- Las empresas **potenciales** competidoras no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH ya que no toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.
- La coordinación de las asociadas para fijar de precios de venta de producto, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el**

artículo 10, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, evidenciada en el Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH.

- Se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**
- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y al mismo tiempo permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de territorios de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Los cuadros de *producción y ventas por Año* publicados en la página web del IBCH, permiten concluir que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de un acuerdo colusorio, **facilitando la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH** la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.
- La información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitando de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas.**
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición de los gerentes de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión y restringe el acceso de nuevos competidores.
- La información publicada por el IBCH referida a la capacidad de producción ociosa de las empresas miembros del acuerdo colusorio, provoca un efecto disuasivo al ingreso de potenciales competidores y por lo tanto, constituye una "Barrera de entrada" al mercado del cemento.



Como puede evidenciarse de las conductas descritas anteriormente, si bien las mismas no se encuentran descritas en los estatutos orgánicos del IBCH, ni en documentos, certificaciones o noticias, se evidencia que las mismas se han visto reflejadas en la práctica de este instituto conforme se ha descrito en los puntos anteriores.

De acuerdo al artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la actividad administrativa se rige por el "Principio de verdad material" que señala que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Respecto al principio de verdad material, Ismael Farrando explica:

"Este principio implica que la Administración, al resolver, debe ajustarse a los hechos reales, más allá de que hayan sido alegados y probados por el interesado" (Las negrillas son nuestras)

"Se opone así al principio de verdad formal, que rige en materia judicial, según el cual el juzgador, al resolver, debe ceñirse a las peticiones, los hechos y las pruebas esgrimidas por las partes. Como resalta Gordillo, el procedimiento y, por tanto su decisión, no dependen de la voluntad de las partes"

"El principio de la verdad material implica que la Administración tiene el derecho y el deber de reunir toda la prueba relativa al conocimiento real de los hechos sobre los cuales se debe resolver. Ello sin perjuicio de la atribución del interesado de aportar la que estime pertinente".

"Así la Administración debe agotar los medios a su alcance para reunir toda la prueba que se relacione con el tema analizado"

Por lo expuesto precedentemente, los objetivos o actividades del IBCH establecidos en sus estatutos, en la realidad presentan distorsiones, toda vez que la información desagregada generada por el IBCH fue utilizada para realizar prácticas anticompetitivas entre las empresas cementeras. Esta situación se demuestra al mantener contacto las empresas cementeras a través de reuniones de Directorio del IBCH, reuniones a las que concurren las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. a través de sus Gerentes Generales y/o máximos ejecutivos con poder de decisión. Es decir que, al primar la verdad material, por sobre la verdad formal, la documentación presentada dentro el procedimiento sancionador no constituye una prueba que desvirtúe las reuniones que realizan los gerentes de las empresas cementeras en el IBCH con el objeto de acordar conductas consideradas anticompetitivas.

Memorial recibido en fecha 31 de julio de 2013.-

- A través de este memorial el IBCH presenta el detalle del cargo y el instrumento de designación de las personas que fungieron como Directores en el IBCH, durante la gestión 2001, así como durante las gestiones 2010 y 2011, además de los siguientes argumentos:



0678



“Las conductas anticompetitivas establecidas en el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, cuya presunta comisión acusa la AEMP, son tales precisamente a partir de la publicación de dicha norma en la Gaceta Oficial de Bolivia N°3082 el 17 de abril de 2008. Por ello, y como lo venimos alertando, las conductas anticompetitivas contempladas en la referida norma, solo merecen sanción a partir del 17 de abril de 2008, momento a partir del cual esas conductas quedaron tipificadas como prácticas anticompetitivas por el Decreto Supremo N°29519, no antes, porque antes de esa fecha esa norma no puede regir, por un elemental principio de seguridad jurídica y de validez de las normas en el tiempo.”

“Al solicitar, en calidad de prueba, documentación correspondiente a gestiones que no están afectadas por la norma legal sobre la que basa su investigación la AEMP, esta vulnera la garantía de irretroactividad de la ley, protegida por la Constitución Política del Estado.”

“No es legalmente pertinente que la AEMP pida a una persona, el IBCH, con personalidad jurídica propia reconocida por el estado, es decir, con aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones (y que supone una individualidad que la distingue de las demás personas naturales o jurídicas), que le brinde información que le es completamente ajena y que corresponde a terceros. Hacemos notar a la AEMP que a pesar de ser asociadas del Instituto, las empresas tienen personalidad jurídica diferente, un objeto distinto y se rigen por sus propias normas y por sus propios órganos de administración”.

“Por tanto, la designación de los directores del IBCH no se refleja en un acto o Asamblea u otro órgano del propio Instituto, sino, como lo establecen los Estatutos, el instrumento de designación es un documento o comunicación privada, emitida por cada empresa asociada, que forma parte de la correspondencia dirigida al Instituto. Tal correspondencia es por ella privada, su inviolabilidad está reconocida por la Constitución Política del Estado.”

“Estos documentos prueban el cumplimiento de los objetivos del Instituto, regulado por los estatutos y demuestran también que la información estadística que publica el IBCH no puede considerarse sensible, sino por el contrario, que es necesaria y requerida por entidades públicas con fines informativos, estadísticos y de asesoramiento, entre otros fines completamente lícitos”.

En lo que refiere a temas de prescripción corresponde hacer una remisión al análisis respectivo contenido en el inciso b) del presente informe jurídico, y con relación al cumplimiento de sus objetivos, remitirse al análisis de la valoración de la prueba aportada por el IBCH contenido en el punto referido al memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013.

- A través del memorial presentado en fecha 31 de julio de 2013, **el IBCH con relación a su estructura organizacional durante las gestiones 2001, 2010, 2011 y 2012, señaló lo siguiente:**

“En cuanto a la estructura organizacional del IBCH cuyo detalle nos pide la AEMP mediante Auto, debemos anotar que al solicitar información anterior que

corresponde a gestiones que no están afectadas por la norma legal sobre la que basa su investigación la AEMP, esta viola nuevamente el principio de irretroactividad (además de ser la solicitud impertinente por no corresponder al objeto de este proceso).”

“Por otra parte, reiteramos que no contamos con la explicación ni fundamentación necesaria (exigidas por ley) para saber qué induce a su Autoridad a realizar esta solicitud y cuál es la conexión con este proceso”.

“No obstante hacemos conocer los datos solicitados correspondientes a las gestiones 2010, 2011 y 2012”.

Con relación a los argumentos expuestos precedentemente, corresponde realizar una remisión al análisis de la irretroactividad contenido en el presente Informe Jurídico.

La facultad para declarar la impertinencia o improcedencia de determinada documentación corresponde al ente regulador conforme al procedimiento. En este sentido, considerando que los indicios de la infracción corresponden al análisis histórico de la conducta tal como se señala en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 041/2013, no amerita mayor explicación como exige el IBCH. Sin embargo, esta situación representa un presunto ocultamiento de información, entorpecimiento de la investigación al obstaculizar la búsqueda de la verdad material por parte de la AEMP.

g. Nociones generales de la importancia de la Defensa de la Competencia y Marco normativo.

La Defensa de la Libre Competencia.

El Derecho a la Libre Competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado.

Este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes.

Por lo expuesto anteriormente, es el Estado Plurinacional de Bolivia el encargado de velar por la Defensa de la Libre Competencia, y en este sentido a continuación se analiza la normativa nacional aplicable en la materia.

La Constitución Política del Estado.-

Antes del nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, ya se repudiaban los hechos que lleven a un monopolio, al ser atentatorios con el mercado y la economía nacional.

En febrero de 2009 se promulgó, la vigente Constitución Política del Estado, dando nacimiento a un Estado como bien señala en su preámbulo:



“Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.

El artículo 1, de la Constitución Política del Estado señala:

*“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, **económico**, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.*

El Pluralismo económico es *“el sistema por el cual se acepta y se permite aseguramiento de las Formas De Propiedad y las Formas De Organización Económica Del Estado. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”*⁵.

Según Quisbert, *“las formas de organización económica son modos de proceder de una asociación de personas y/o bienes afectados a la explotación debidamente reconocidos por el ordenamiento jurídico y regulado por un conjunto de normas jurídicas en función de determinados fines comunes, lícitos y de utilidad económica [...] las formas de organización económica tienen la obligación de: generar trabajo digno, contribuir a la erradicación de la pobreza, fortalecer la soberanía económica del país, proteger el medio ambiente y ejecutar el desarrollo”*⁶.

El pluralismo económico, otorga igualdad de condiciones a todas las formas organizacionales reconocidas, por la Constitución Política del Estado, por lo que ninguna empresa que detente posición de dominio, podrá hacer abuso de ello, mas al contrario se establece que las empresas deben fortalecer la soberanía económica del país, encontrando su límite en lo establecido por el artículo 312, parágrafos I y II de la misma Carta Magna que dispone:

“Toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país. No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado.

Todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza.”

La Constitución Política del Estado, tiene una posición respecto a la prohibición de monopolios u oligopolios privados en lo que refiere a la producción, dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, para lo cual el artículo 314 señala de manera expresa:

⁵ Quisbert, Ermo, Pluralismo Económico, La Paz, Bolivia, CED, 2010

⁶ Quisbert, Ermo, Pluralismo Económico, La Paz, Bolivia, CED, 2010

“Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios”.

El precepto Constitucional citado precedentemente es una determinación, clara y efectiva para la Defensa de la Competencia en Bolivia, resguardando así, la libertad de poder competir en el mercado.

Atribuciones de la AEMP sobre la defensa de la Libre Competencia

El Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, tiene por objeto regular la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado, provocando especulación en precios y cantidad a través de mecanismos adecuados a ser ejecutados por el Instituto Boliviano de Metrología - IBMETRO y la Superintendencia de Empresas (ahora, Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas - AEMP).

El numeral 10 del artículo 11 del citado Decreto Supremo N° 29519, establece que se considera conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas en el caso del *“establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones”*.

El numeral 2 del artículo 16 del Decreto Supremo N° 29519, establece que la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) cuenta con la facultad de defender y promover la competencia en los mercados que no presenten características de monopolios naturales; y su numeral 3 del artículo 16, establece que cuenta con la facultad de regular, controlar y supervisar a las empresas, personas y entidades sujetas a su jurisdicción en lo relativo a prácticas anticompetitivas absolutas y relativas.

El numeral 11 del artículo 16 del citado Decreto Supremo N° 29519, establece que la Superintendencia de Empresas (hoy AEMP) cuenta con la facultad de regular la competencia como un bien colectivo de interés público, promoviendo acciones para mejorar y ampliar la competencia de los bienes y servicios en los mercados.

Mediante el inciso f) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, se crea la AEMP, y su artículo 5 establece que es una institución pública técnica y operativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, supeditadas al Ministro cabeza de sector.

Los artículos 41 y 44 inciso a) del Decreto Supremo N° 0071, establecen que la AEMP fiscaliza, controla, supervisa y regula las actividades de las empresas en lo relativo al gobierno corporativo, **defensa de la competencia**, reestructuración de empresas y registro de comercio.

0674

M

La Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitida por el Ministerio de Producción y Microempresa (ahora, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural) aprueba el Reglamento de Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor de la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP), además, el artículo segundo de la norma citada, establece que el ente regulador de empresas queda encargado del cumplimiento y ejecución del reglamento.

El artículo 1 del citado Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que tiene por objeto cumplir lo previsto en la disposición adicional cuarta del Decreto Supremo N° 29519, de 16 de abril de 2008, de Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor, estableciendo el procedimiento administrativo en materia de regulación de la competencia a cargo de la AEMP.

El artículo 09 del Reglamento de Regulación de la Competencia, señala que las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519, son infracciones que podrán ser consideradas de gravedad media y máxima, las mismas que, ante la evidencia de su ejecución por parte del o los agentes económicos involucrados bajo garantía del debido proceso, serán sancionadas con multa o con la suspensión definitiva o temporal de sus actividades y en su caso, con la Revocatoria de la Matrícula de Comercio, de acuerdo a evaluación económica y justificación legal en el marco de las disposiciones normativas en vigencia.

El artículo 33, numeral 2 correspondiente a la aplicación de las sanciones, señala que el ente regulador se encuentra facultado a imponer multas a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa y sean de gravedad media, **así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventaja o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.**

El párrafo I del artículo 15 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que las diligencias preliminares procederán de oficio o a denuncia. Además, en el párrafo III de su artículo 15, señala que el objeto de la diligencia preliminar será conocer, determinar y comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de conductas anticompetitivas absolutas o relativas.

El inciso e) del párrafo III del artículo 15 de la misma norma, señala que el objeto de la diligencia preliminar será determinar si la supuesta práctica anticompetitiva afectaría el interés público y su artículo 16, establece que si la Superintendencia (ahora, AEMP) identifica por su cuenta un interés público y los indicios necesarios, podrá reiniciar de oficio el proceso.

El Interés Público.

García de Enterría refiriéndose al interés público, señala que: "se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación"⁷. Por otra parte, los conceptos

⁷ García de Enterría, Eduardo. "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", Revista Española de Derecho Administrativo N° 89, 1996, pág. 69

jurídicos indeterminados como el Interés Público o General “no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino solo una solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa “apreciación por juicios disyuntivos”⁸

El interés público “es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada. Debido a que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, ha de ser concretado por la autoridad”⁹

Por lo anterior, es necesario considerar que la defensa de la libre competencia tiene como bien jurídico protegido la “libertad de competencia”, por otra parte dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contamos con normas que regulan el tema, como: la Constitución en su artículo 314 en la cual se prohíben monopolios, oligopolio privados, como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios, por otra parte, se cuenta con el Decreto Supremo N° 29519 en el cual se determina el objeto de la regular la competencia.

En ese sentido, el Interés General o Público a seguir en el caso en concreto, es el vivir bien de los consumidores y garantizar una libre competencia en el mercado relevante mediante regulaciones que impidan la constitución de monopolios privados o que empresas ejerzan abuso de su posición de dominio, todo esto con el fin de resguardar el vivir bien de la sociedad, ya sean agentes económicos competidores y no competidores del mismo mercado.

La Regulación:

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, es necesario aclarar el alcance de la regulación, para lo cual nos remitimos al análisis doctrinal que señala:

Haciendo referencia a la Regulación: “En general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando este funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y – en algunos mercados asimétricos – proteger al consumidor. Así, pues, la regulación – en especial, la regulación económica – es por definición un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que deben reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea

⁸ Pág. 468. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; Tomo I, Duodécima Edición.

⁹ Pág. 134 -135; Huerta Ochoa, Carla. “El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional”, ensayo académico consultado en el website: www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf



necesario, fijar los precios; en todo lo demás, abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos – como hace el mercado – para una más eficiente gestión de las empresas”¹⁰.

“El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resulten esenciales para la vida y el bienestar de aquella. [...] En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación.”¹¹

“En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquella no exista) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural”...

“... conviene insistir en que la regulación no va a desaparecer. Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, será siempre necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra – mercado. Los supuestos que suelen citarse como “justificadores” de regulación son: externalidades (efectos negativos sobre terceros que no pueden ajustarse vía mercado), poder sobre el mercado (que hace la competencia ficticia o inexistente; el supuesto máximo de ello es el monopolio natural), supuestos de información asimétrica (cuando ambas partes están en posición completamente desigual a la hora de contratar en cuanto a las condiciones de la operación), supuestos de “destructive competition” (existencia de grandes inversiones no recuperables o “sunk costs”, en el caso de que entren nuevos operadores que les fueren a abandonar el mercado; o de competencia en las condiciones de oferta que los demás operadores no pueden soportar...”¹²

De acuerdo al análisis doctrinal descrito precedentemente, se evidencia que la regulación comprende la restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, la cual es necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos, que en el presente caso de investigación involucra a los derechos de los potenciales productores de cemento y de los consumidores. En este sentido, la conducta del IBCH, al obtener beneficios y ventajas a favor de terceros como son las empresas cementeras, les ha facilitado la comisión de prácticas anticompetitivas, afectando el bienestar de la sociedad, por esta razón se ve la necesidad de proteger la libre competencia a través de criterios que regulen la actividad del IBCH, de forma que su actividad no represente una amenaza para los derechos o intereses públicos, comunes, que no pueden verse satisfechos por el acuerdo colusorio de las empresas productoras de cemento.

¹⁰ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 616. Año 2004.

¹¹ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 617. Año 2004.

¹² Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 619. Año 2004.

El Procedimiento Administrativo

El procedimiento administrativo aplicado es el enmarcado en el Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitido por el Ministerio de Producción y Microempresa, el cual es específico para el procedimiento administrativo de defensa de la libre competencia.

Supletoriamente se cuenta con el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, como lo establece el artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190,¹³ por lo que, por especialidad¹⁴ se aplica el primero en todo lo que no sea contrario.

El inciso b) parágrafo I del Artículo 22 del Reglamento de Regulación de la Competencia, mencionado anteladamente, establece que la Resolución Administrativa que notifique con los cargos deberá contener el plazo, **no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos**, para que el presunto infractor presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo.

El artículo 23 del citado reglamento, establece un **plazo de prueba de quince (15) días hábiles administrativos**, además determina que éste podrá prorrogarse por motivos justificados, por una sola vez y por un plazo adicional de diez (10) días hábiles administrativos.

De acuerdo al artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se tiene que, el ente regulador una vez concluido el término de prueba y dentro de los siguientes diez (10) días hábiles administrativos emitirá la Resolución Administrativa correspondiente, ya sea sancionando o desestimando la sanción administrativa. Agrega que la Resolución Administrativa determinará:

- a) Si el o los investigados violaron las disposiciones en materia de promoción de competencia;

¹³ El artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190 establece que "son aplicables como normas supletorias, a los efectos de un procedimiento administrativo sancionador que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso, el Decreto Supremo N° 27175 Y el Decreto Supremo N° 27113".

¹⁴ Es importante tomar en cuenta, que la aplicación de la norma específica sobre la principal se realiza en sujeción del principio de especialidad, dicho criterio se utiliza ante la antinomia entre las normas que regulan una situación en particular. En este sentido, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, tiene como objeto regular la competencia y reconoce mecanismos adecuados a ser ejecutados por la Superintendencia de Empresas (ahora AEMP). Además, se establece en la Disposición Adicional Cuarta que el Ministerio de Producción y Microempresa elaborará el reglamento correspondiente sobre aquellos aspectos necesarios para su efectiva y correcta aplicación, por lo que, al ser la Defensa de la Libre Competencia una rama técnica y especializada se determinó un procedimiento administrativo específico para la satisfacción del interés general.

Como Miguel Marienhoff establece las "personas públicas -dice un tratadista- tienen un campo de actuación limitado por su *especialidad*", de la misma forma, Juan Carlos Cassagne señala que el "Estado se halla limitado por el principio de la especialidad en cuya virtud no pueden los órganos realizar actividades que no estén relacionadas con el fin u objeto de la institución", en ese sentido, la AEMP al contar con atribuciones técnicas y específicas debe contar con los medios adecuados y propios para ejercerlas.

- b) De existir la violación, se señalará la obligación de cesar la conducta que se haya declarado como anticompetitiva; y
- c) Las sanciones de haber lugar a ellas, se aplicarán de conformidad a lo dispuesto en el capítulo IV del mismo Reglamento.

Atribuciones de la AEMP para sancionar la comisión de prácticas anticompetitivas

El artículo 84 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece que vencido el término de prueba, la autoridad administrativa correspondiente en el plazo de diez (10) días emitirá resolución que imponga o desestime la sanción administrativa. Contra la resolución de referencia procederán los recursos administrativos previstos en la presente Ley.

El artículo del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29519, establece que sin perjuicio de las acciones por responsabilidad penal que corresponda, los transgresores de las normas contenidas en el presente Decreto Supremo y demás disposiciones complementarias, serán pasibles a sanciones impuestas ya sea por la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) o por el Instituto Boliviano de Metrología, cuando corresponda.

Según el artículo 18 del Decreto Supremo N° 29519, las sanciones se calificarán por las autoridades competentes, en base a los criterios descritos en la misma norma y su artículo 19, señala que las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) y el IBMETRO como autoridades competentes, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:

1. Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad leve;
2. Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por las autoridades competentes, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad media;
3. Suspensión definitiva o temporal hasta un máximo de dos (2) años a personas naturales o jurídicas sujetas a fiscalización de las autoridades competentes, para aquellas infracciones, actos u omisiones calificadas con gravedad máxima;
4. Revocatoria de Matrícula de Comercio, de aquellas personas o entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Empresas, por infracciones, acciones u omisiones;
5. Prohibiciones y decomisos, para efectos de la aplicación de la normativa del IBMETRO.

El párrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 29519, establece que las sanciones se aplicarán, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, dentro las previsiones de los Artículos anteriores, mediante resolución motivada dictada por las Máximas Autoridades Ejecutivas y su artículo 22, dispone que se aplicará al presente régimen de sanciones, las disposiciones legales contenidas en la LPA y sus disposiciones complementarias.

El artículo 3 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que la Superintendencia (ahora, AEMP) aplicará sanciones en el marco del presente Reglamento y los principios y garantías establecidos en la Ley N° 2341, de 23 de abril de

2002, de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2004, previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción. Además, se prevé que las Resoluciones Administrativas mediante las que se impongan sanciones, deberán contener las consideraciones de orden técnico y jurídico, por las cuales se determinó imponer la sanción.

El artículo 4 del citado Reglamento de Regulación de la Competencia, determina que las sanciones señaladas en el mismo son de carácter administrativo e independientes y distintas de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que, cuando corresponda y por mandato de la Ley, pudiera derivar de las infracciones a las leyes y disposiciones normativas relacionadas con el ámbito comercial. Y su artículo 5, señala que las multas previstas en él están denominadas en Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), sin embargo el pago de las mismas deberá ser realizado en moneda nacional de curso legal y corriente al tipo de cambio oficial, en la fecha de su pago.

Subsunción de la Acción.

PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS CONFORME LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013

- a. Art. 33 numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
(Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 - CARGOS)

En una primera instancia, la resolución de notificación de cargos, una vez realizado el análisis de la conducta del IBCH, observó que este instituto habría incurrido en la siguiente infracción:

Al artículo 33 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190, que de forma genérica con relación a las prácticas anticompetitivas establece el siguiente supuesto esencial; *“La aplicación de las sanciones, que la Superintendencia está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 29519, es la siguiente:”*.

Numeral 2.-

“Multa; Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa y sean de gravedad media, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos; Esta sanción también se aplicará en los casos de reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación”.

Descrito el numeral 2 precedente, este describe tres casos en los que la Superintendencia, ahora AEMP por mandato del Decreto Supremo N° 0071, se encuentra facultada a imponer la sanción de multa en virtud a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 29519, sin embargo a efecto del presente caso objeto



de análisis, conforme establece la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013, se analizará el que refiere a:

2. “Se aplicará esta sanción... así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros...”

En este sentido, existe evidencia de que el IBCH ha servido como instrumento facilitador para la coordinación de las conductas anticompetitivas entre las empresas cementeras, al haber obtenido ventajas para SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de las prácticas anticompetitivas descritas en los incisos a), b) y c) del párrafo I del artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519

**Art. 33 numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.
(Conclusión del Proceso Sancionador)
Subsunción de la Acción.**

A efecto de establecer la adecuación de la conducta a la norma, **en primer lugar** se debe tener presente que de acuerdo al citado artículo 33 la AEMP tiene la facultad de imponer sanciones en el marco del Decreto Supremo N° 29519.

En el presente caso, de la investigación concluida mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, por la cual la AEMP declaró probadas la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en los incisos a), b) y c) del párrafo I del artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519 por parte de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., se estableció la existencia de indicios de una participación y obtención de ventajas o beneficios por parte del IBCH en la comisión de dichas prácticas anticompetitivas.

En segundo lugar a continuación corresponde efectuar un análisis respecto a la clase de beneficios y ventajas obtenidos por el IBCH a favor de terceros como en el presente caso son las empresas cementeras citadas anteriormente, nótese que el supuesto bajo el cual es posible imponer la sanción de multa en este caso, es la obtención directa o indirecta de cualquier tipo ventaja o beneficio, que en el presente caso es la obtención de información proporcionada a las empresas cementeras para la comisión de prácticas anticompetitivas.

De acuerdo a lo señalado por el IBCH, este instituto acepta la elaboración de información propia del sector cementero, sin embargo, señala que esta no constituye infracción, justificándola bajo una serie de argumentos que no conllevan a desvirtuar los cargos establecidos en su contra. En este sentido, respecto a estos argumentos, el análisis técnico concluyó que:

- El argumento del IBCH según el cual no pueden formularse cargos en su contra, debido a que supuestamente no desarrollaría “...actividades económicas en el mercado del cemento ni en ningún otro, tal como lo requiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519”, queda desvirtuado, y por el contrario queda demostrado que el IBCH es un Agente Económico que realiza actividades económicas.



0667



- El análisis técnico de participaciones de mercado estables y las actas en las que participaron miembros del directorio del IBCH presentadas por la AEMP, demuestran que el IBCH por medio de la información estadística desagregada presente en su página web **facilitó el acuerdo de participaciones de mercado entre sus miembros.**
- El argumento presentado por el IBCH según el cual, la AEMP habría acusado a dicho instituto de ser un centro de conspiración carece de verdad material y formal.
- **Queda demostrada la relación de causalidad** de las decisiones tomadas en los Directorios de las empresas asociadas al IBCH, con el Directorio de dicho instituto (y por ende con el IBCH), toda vez que las decisiones y accionar presentados en las Actas de Reunión de Directorio de sus asociadas, son resultado de decisiones de carácter vinculante e integral tomadas por el Directorio del IBCH.
- Queda demostrado que el IBCH tomó conocimiento de la propuesta y de los avances de los acuerdos colusorios a través de miembros de su Directorio, debido a que ellos a su vez fungieron el cargo de Secretario del Directorio y Gerente General de FANCESA, quienes suscribieron las Actas N° 03 y N° 11 de FANCESA que contenían tanto la propuesta como el seguimiento al acuerdo, habiendo con ello otorgado su conformidad sin manifestar su oposición a las mismas.
- Queda **demostrada** la causalidad entre el Acta N° 11 de la empresa FANCESA y el IBCH, toda vez que un miembro del directorio del IBCH estaba en pleno conocimiento de los lineamientos e información sensible que era discutida en Reunión de Directorio de su asociada.
- La duda del IBCH sobre el tipo de acuerdo al que se hacía alusión en el Acta N° 11 de la empresa FANCESA, es respondida por la mencionada acta, donde el Presidente del Directorio hace referencia a un **acuerdo horizontal para fijar precios del sector cementero** (es decir un acuerdo colusorio que es tipificado como práctica anticompetitiva).
- **Se demostró la continuidad del acuerdo colusorio gestado el año 2001 hasta la gestión 2011**, mismo que facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas asociadas al IBCH.
- El argumento presentado por el IBCH según el cual todos los actores y competidores de la industria del cemento en Bolivia son miembros del IBCH y tienen acceso a la información que es intercambiada en dicho instituto, **resulta ser parcial e incorrecto**, toda vez que omite en su análisis considerar el hecho de que los **entrantes potenciales** no tienen acceso a la información intercambiada por las empresas asociadas en el IBCH.
- No toda la información sensible que es intercambiada en el IBCH por las empresas asociadas, es publicada en la página web del Instituto y por lo tanto no se encuentra disponible para terceros ajenos al IBCH.



- Queda desvirtuado el argumento presentado por el IBCH según el cual la AEMP otorga a la publicación de información estadística un carácter anticompetitivo por sí mismo, y por el contrario se **demuestra** en base a pruebas fehacientes que el intercambio de información estadística desagregada, mensual, que es centralizada en un instituto cuyos directores son primordialmente los gerentes generales de sus asociadas y quienes también intercambian información sobre inversiones futuras (que no llegan a ser de conocimiento de terceros), **facilitó la comisión de prácticas anticompetitivas y generó ventajas competitivas para las empresas miembros del IBCH.**
- Las pruebas aportadas por el IBCH destinadas a demostrar que ni la importación de clinker, ni una propuesta de ITACAMBA para importar clinker, son consideradas como prácticas anticompetitivas, resultan ser impertinentes, toda vez que **la AEMP no formuló cargos en contra de dicho instituto por estas actividades.**
- Los distintos certificados presentados por el IBCH que supuestamente demuestran el carácter técnico de dicho instituto, no constituyen información que pueda ser valorada técnicamente, por lo cual no se realiza un mayor abundamiento sobre los mismos.
- Los niveles de frecuencia mensual, así como, la actualidad y veracidad de los datos expresados en forma desagregada e individualizada representan un riesgo para la competencia pues **facilitan a las empresas asociadas al IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas y generan ventajas a favor de terceros disuadiendo a otras empresas de ingresar a competir en el mercado.**
- Queda demostrado que la información intercambiada en el IBCH permite a las empresas asociadas, **identificar de manera individual el comportamiento que cada empresa tiene en el mercado y permite a través de un monitoreo y control, ajustar el comportamiento estratégico de las empresas** hacia el interior del acuerdo colusorio y cumplir sus compromisos, maximizando los beneficios conjuntos, **facilitándose de esta manera el IBCH la comisión de prácticas anticompetitivas.**
- La información individualizada y desagregada puesta a disposición personal gerencial de las empresas asociadas y **no de terceros independientes**, presenta un alto riesgo para la competencia debido a que esto facilita la comisión de prácticas anticompetitivas a empresas que se encuentran en colusión.

La AEMP de manera puntual establece cargos en contra del IBCH por la obtención de beneficios o ventajas a favor de las empresas cementeras descritas anteriormente, habiendo este instituto coadyuvado a la comisión de las prácticas anticompetitivas descritas en los incisos a, b y c del parágrafo I del artículo 10 (prácticas anticompetitivas absolutas) del Decreto Supremo N° 29519.

Antes de realizar la subsunción propiamente dicha, se define a continuación los términos beneficio y ventaja. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término "beneficio", posee la siguiente definición general: "Bien que se hace o se recibe"; por otra parte el término "ventaja" es definido como: "Superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa".



De las definiciones expuestas precedentemente y los cargos formulados en contra del IBCH, se establece la obtención de cualquier tipo de bien que las empresas cementeras hayan recibido por parte de dicho instituto, para cometer las prácticas anticompetitivas descritas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2013, es considerado un beneficio anticompetitivo y por lo tanto, sujeto a la aplicación de sanción conforme establece el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Asimismo cualquier tipo de superioridad o mejoría que el cartel del cemento hubiera obtenido dentro el mercado respecto a sus potenciales competidores o respecto a los consumidores a consecuencia de la información proporcionada por el IBCH, es considerada como una ventaja anticompetitiva y por lo tanto sujeta a la aplicación de sanción conforme establece el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

En este sentido, una vez definidos los términos beneficio y ventaja, a continuación se describen los casos en los que el IBCH obtuvo beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras con relación a los citados incisos a), b) y c), del párrafo I, del Decreto Supremo N° 29519:

Artículo 10.

“Son conductas anticompetitivas absolutas los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo propósito o efecto sea cualquiera de los siguientes:”.

Inciso a).

Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

Considerado el presupuesto anterior, concluido el análisis técnico y legal, se concluye que el IBCH ha obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras a través de la siguiente conducta:

- El Acta N° 78 de fecha 21 de febrero del 2011 de Reunión de Directorio del IBCH hace referencia a la coordinación de las empresas asociadas para fijar precios de venta de producto, **facilitando de esta manera la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, párrafo I, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519.**

Conforme señala el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la multa debe ser aplicable a cualquier tipo de beneficio o ventaja obtenido directa o indirectamente a favor de terceros, el IBCH al haber realizado en su reunión de directorio la coordinación de las empresas asociadas con el fin de fijar precios de venta, ha obtenido un beneficio a favor de las empresas cementeras, toda vez que la coordinación para fijar precios realizada por las empresas miembros del cartel, restringe y limita la competencia, lo cual constituye una práctica anticompetitiva absoluta conforme



señala el Decreto Supremo N° 29519 y lo ha señalado también la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012.

Inciso b).

Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen, frecuencia restringidos o limitados de servicios;

Considerado el presupuesto anterior, concluido el análisis técnico y legal, se concluye que el IBCH ha obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras a través de la siguiente conducta:

- Los cuadros de *producción y ventas por Año, así como los cuadros de Variaciones Acumuladas Mensuales* publicados en la página web del IBCH, evidencian que los mismos se encuentran **desagregados e individualizados**, y que estos permiten hacer un seguimiento y control a las **participaciones de mercado** de las empresas miembros de un acuerdo colusorio, **facilitando así la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 10, parágrafo I, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519.**

Conforme señala el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la multa debe ser aplicable a cualquier tipo de beneficio o ventaja obtenido directa o indirectamente a favor de terceros. En este sentido, el IBCH al haber emitido información desagregada con relación a la producción y ventas por año y las variaciones de ventas acumuladas mensuales, ha permitido y facilitado que las empresas miembros del acuerdo colusorio efectúen el seguimiento y control a las participaciones recíprocas que tienen en el mercado, lo que se traduce en que ha obtenido un beneficio a favor de las empresas cementeras, toda vez que este seguimiento y control permitió a las empresas limitar la producción de cemento, restringiendo y limitando la competencia, lo cual constituye una práctica anticompetitiva absoluta conforme señala el Decreto Supremo N° 29519 y tal como lo ha señalado también la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012.

Inciso c).

“Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables”;

Considerado el presupuesto anterior, efectuado el análisis técnico y legal, se concluye que el IBCH ha obtenido beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras a través de la siguiente conducta:

- Los cuadros de *producción y ventas por fábrica* disponible en la página web del IBCH, se encuentran publicados de forma **desagregada e individualizada**, y de esta forma permiten hacer un seguimiento y control a las asignaciones de territorios de un acuerdo colusorio, **facilitando de esta manera la comisión de la práctica**



anticompetitiva descrita en el artículo 10, párrafo I, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519.

Conforme señala el artículo 33, numeral 2 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la multa debe ser aplicable a cualquier tipo de beneficio o ventaja obtenido directa o indirectamente a favor de terceros. En este sentido, el IBCH al haber emitido información desagregada e individualizada con relación a la producción y ventas por fábrica, ha permitido y facilitado que las empresas miembros del acuerdo colusorio efectúen el seguimiento y control a las asignaciones de territorio, lo que demuestra que ha obtenido un beneficio a favor de las empresas cementeras, toda vez que este seguimiento y control permitió a las empresas cementeras distribuirse porciones o segmentos del territorio boliviano para la comercialización del cemento, restringiendo y limitando la competencia en dichos territorios repartidos, lo cual constituye una práctica anticompetitiva absoluta conforme señala el Decreto Supremo N° 29519 y lo ha señalado también la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012.

III. CONCLUSIONES.

De acuerdo a lo establecido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS N° 091/2013, y lo expuesto en el presente informe, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Se ha cumplido con el procedimiento descrito en el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190, respetando todos los derechos y garantías constitucionales y procesales de la empresa investigada. Asimismo, toda la documentación y argumentos expuestos por la empresa investigada en las distintas etapas procesales presentadas oportunamente, han sido analizadas y valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica cuyo análisis se encuentra en el presente Informe Jurídico.
2. Se ha determinado que el IBCH, a través de las reuniones de su Directorio, el cual se halla compuesto por los Gerentes Generales de las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. ha coordinado la fijación de precios del cemento producido por las citadas empresas.

La coordinación para fijar precios acordada entre las empresas cementeras, al haberse realizado en reunión de Directorio del IBCH, representa ventajas y beneficios para dichas empresas de acuerdo al análisis contenido el presente Informe Jurídico, lo cual se adecua a lo establecido en el numeral 2 del artículo 33 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, consecuentemente, es susceptible de la imposición de multa.

3. Se ha determinado que el IBCH, a través de la emisión de información desagregada con relación a la producción y ventas por año, así como los cuadros de variaciones acumuladas mensuales, han permitido a las empresas cementeras realizar el seguimiento y control a las participaciones de mercado de cada una de ellas y de esta forma controlar también las participaciones de mercado establecidas en su acuerdo.

La restricción de distribución, traducida en las cuotas de mercado constantes de las empresas cementeras, así como su control y seguimiento, al haberse realizado con la ayuda de la información desagregada proporcionada por el IBCH, representa



beneficios y ventajas para dichas empresas de acuerdo al análisis contenido en el presente Informe Jurídico, lo cual se adecua a lo establecido en el numeral 2 del artículo 33 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, consecuentemente, es susceptible de la imposición de multa.

4. Se ha determinado que el IBCH, a través de la emisión de información desagregada e individualizada con relación a la producción y ventas por fábrica, ha permitido a las empresas cementeras realizar el seguimiento y control a sus asignaciones de territorio y de esta forma distribirse o mantener la distribución de porciones o segmentos del territorio boliviano para la comercialización del cemento.

El control y monitoreo de las asignaciones de territorio nacional por parte de las empresas asociadas al IBCH para la comercialización de cemento en espacios geográficos determinados, al haberse realizado con la ayuda de la información desagregada proporcionada por este instituto, representa beneficios y ventajas para dichas empresas de acuerdo al análisis contenido en el presente Informe Jurídico, lo que se adecua a lo establecido en el numeral 2 del artículo 33 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, por tanto es susceptible de la imposición de multa.

5. Una vez concluido el análisis técnico y jurídico, conforme señala el artículo 35 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se estableció que a través de la información desagregada y publicada por el IBCH, las empresas SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A. han obtenido beneficios (ej. maximización de utilidades conjuntas) y ventajas (ej. sobre competidores potenciales), lo que les ha facilitado la comisión continuada de las prácticas anticompetitivas a nivel nacional, que fueron declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012, todo esto en detrimento de los consumidores, potenciales competidores y de la libre competencia.

Asimismo, corresponde señalar que los beneficios y ventajas obtenidos a favor de las empresas cementeras por parte del IBCH mediante la publicación de información desagregada e individualizada, se han producido permanentemente desde el 2001 hasta el 2011, pero el objeto del presente proceso solamente incluye a las conductas realizadas durante las gestiones 2010 y 2011. Así también, el 2011 se evidencia la existencia de reuniones constantes realizadas entre Gerentes Generales de las citadas empresas cementeras que conforman el Directorio del IBCH. Nótese que, al señalar el IBCH que la información entregada no es reprochable, se desprende que actualmente continua entregando la misma información a las empresas que conforman su Directorio.

Por todo lo expuesto precedentemente, la conducta del IBCH, en los términos expuestos, debe ser sancionada con multa, con las consideraciones del artículo 39 del citado Reglamento y el artículo 21, parágrafo I del Decreto Supremo N° 29519, al haber facilitado la comisión de conductas anticompetitivas absolutas, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012 y asimismo, establecer las medidas regulatorias respectivas.

6. En lo que refiere a la solicitud de nulidad y anulabilidad presentada por el IBCH, a consecuencia de la falta de notificación de la Resolución Administrativa



RA/AEMP/DTDCDN/N° 115/2012 y de las Actas referidas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013 de inicio de procedimiento sancionado, corresponde señalar que de acuerdo al análisis contenido en el presente Informe Jurídico, no existe normativa legal que establezca la obligación del ente regulador de poner en conocimiento del presunto infractor toda la documentación que contiene el instrumento que da inicio al proceso sancionador, ni previsión que disponga la nulidad en caso de este supuesto incumplimiento invocado.

Es un derecho y obligación del IBCH apersonarse a la AEMP a efecto de conocer y solicitar los antecedentes del proceso que considere relevantes para su defensa, sin embargo, como puede observarse en antecedentes este derecho no fue ejercido por el administrado, pretendiendo atribuir su propia negligencia al ente regulador.

7. No concurren en el presente procedimiento sancionador agravantes o atenuantes conforme describen los artículos 36 y 37 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

IV. RECOMENDACIONES.

- Expuestas las conclusiones respecto al proceso sancionador iniciado mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 041/2013 de 17 de mayo de 2013 y luego de haberse realizado las distintas etapas que comprenden este proceso, de conformidad a lo establecido por el artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, corresponde emitir la Resolución Administrativa respectiva que:

DECLARE PROBADOS los siguientes cargos establecidos contra el Instituto Boliviano del Cemento y del Hormigón (IBCH):

Obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA, COBOCE LTDA. e ITACAMBA CEMENTO S.A., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo N° 29519, que a su vez fueron declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012 de 23 de noviembre de 2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, parágrafo I, inciso b) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519.

0660



Obtención de beneficios y ventajas a favor de las empresas cementeras SOBOCE S.A., FANCESA y COBOCE LTDA., que derivaron en la comisión de prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 10, parágrafo I, inciso c) del Decreto Supremo N° 29519, declaradas probadas por la AEMP mediante la misma Resolución Administrativa RA/AEMP/ DTDCDN/N° 0115/2012, ajustándose esta conducta a lo señalado por el artículo 33, numeral 2 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519.

- Se instruya al Instituto Boliviano del Cemento y el Hormigón, lo siguiente:

El cese inmediato de las acciones y prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 11, numeral 10, del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008.

La adecuación de sus planes, estrategias y políticas de precios de venta para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones, de manera tal que se deje sin efecto cualquier disposición que atente, vulnere y restrinja la libre competencia y/o que tenga como objeto y efecto establecer ventajas exclusivas a favor de uno o varios compradores y/o vendedores.

Es cuanto tengo a bien informar para fines consiguientes.

René Iván Mora Caspedez
RESPONSABLE DE ANÁLISIS LEGAL
Y DESARROLLO NORMATIVO
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas

0659