

¿INTEGRACIÓN VERTICAL O CARTELIZACIÓN?: EL CASO DEL FÚTBOL CODIFICADO

por Germán Coloma*

Con fecha 29/8/2003, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico revocó la sanción impuesta por el Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor en el caso “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia c/ Cablevisión y otros” (Resolución 28/2002). Dicha sanción consistía en una serie de multas para las empresas Tele Red Imagen SA (TRISA), Televisión Satelital Codificada SA (TSC), Cablevisión SA, Multicanal SA y VCC SA, cuyos montos oscilaban entre \$352.859 y \$529.289.

Las multas en cuestión se originaban en lo que el Secretario de la Competencia entendió que era una infracción a la ley de defensa de la competencia (ley 22.262)¹, y estaba avalada por un dictamen coincidente emanado de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). La conducta objetada era un acuerdo entre TRISA y TSC (titulares de los derechos de transmisión de los partidos del campeonato argentino de fútbol, y pertenecientes al mismo grupo económico), por un lado, y Cablevisión, Multicanal y VCC (operadores del servicio de televisión por cable, y competidores entre sí en numerosas zonas del área de Capital Federal y Gran Buenos Aires), por otro, para fijar los precios de provisión de los partidos de fútbol a los usuarios finales a través de la modalidad de “señal codificada”. Dicha modalidad implica una provisión adicional a la que cubre el abono básico que pagan los usuarios de televisión por cable, que se cobra por separado.

El objetivo de este artículo es analizar el caso del fútbol codificado desde el punto de vista económico, tratando de encontrar argumentos a favor y en contra de las resoluciones contrapuestas de la Secretaría de la Competencia y de la Cámara Nacional Penal Económica. Tales argumentos tendrán que ver con una división tradicional de los casos de defensa de la competencia, que hace referencia a su naturaleza horizontal o vertical. Veremos así que, desde ese punto de vista, el caso bajo análisis tiene un interés muy grande, ya que pone al descubierto las conclusiones antagónicas a las que puede llegarse cuando los mismos hechos se analizan desde enfoques diferentes.

El presente trabajo se dividirá en cuatro secciones. En la primera de ellas se pasará revista a la literatura teórica sobre el tema de la fijación vertical de precios y sobre los posibles efectos anticompetitivos que dicha fijación puede tener. En las secciones segunda y tercera se analizarán las resoluciones antagónicas que tuvo este caso, a la luz de lo expuesto en la primera sección. La cuarta sección del artículo, por último, contendrá las

* El autor es Profesor Titular de Organización Industrial y de Análisis Económico del Derecho en la Universidad del CEMA, Profesor Visitante de la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, y ha sido Economista Jefe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Agradezco los comentarios de Marcelo D'Amore a una versión preliminar del trabajo.

¹ La ley 22.262 fue reemplazada en agosto de 1999 por la ley 25.156, que es la ley de defensa de la competencia actualmente vigente. Por tratarse de un caso iniciado con anterioridad a esa fecha, sin embargo, la norma aplicable en este caso fue la ley anterior, y la correspondiente apelación se hizo ante la cámara prevista por dicha norma. Si bien la ley actual no presenta demasiados cambios conceptuales en cuanto al posible encuadramiento del caso bajo análisis, cabe destacar que una resolución equivalente resuelta bajo el régimen de la ley 25.156 habría sido apelada ante la Cámara Federal Civil y Comercial, en vez de serlo ante la Cámara Nacional Penal Económica.

conclusiones de todo el análisis y nuestras propias opiniones sobre el tema.

1. Análisis antitrust de la fijación vertical de precios

Cuando en una actividad económica existen distintas etapas dentro de una cadena de producción y comercialización, es posible que las mismas sean llevadas a cabo por empresas distintas o que lo sean por una misma empresa. En el último de tales casos se habla de la existencia de un fenómeno de integración vertical, en tanto que en el primero de ellos se está en presencia de una situación de desintegración vertical.

Cuando una actividad está verticalmente integrada, se sobrentiende que las decisiones que afectan a las distintas unidades que componen la cadena de producción y comercialización se toman de manera centralizada, de acuerdo con la conveniencia del grupo económico que controla dichas unidades. Cuando la actividad está verticalmente desintegrada, en cambio, lo normal es que cada empresa individual tome las decisiones que le competen según la posición en la que se encuentre, pensando en su beneficio individual y no en el de otras empresas que operan dentro de la cadena de producción y comercialización de la que forma parte.

La dicotomía entre integración y desintegración verticales, sin embargo, no es siempre una opción entre blanco y negro, sino que admite numerosos casos intermedios de “integración parcial”. Dicha integración parcial suele tener lugar a través de relaciones contractuales entre proveedores y clientes, que pueden implicar acuerdos respecto de actividades que están a cargo de una empresa pero que afectan directa o indirectamente a otras entidades que se encuentran “aguas arriba” o “aguas abajo” en la misma cadena de producción y comercialización.

Los ejemplos de este tipo de acuerdos son múltiples, y pueden tener que ver con compromisos de calidad, de prestación de determinados servicios, de abastecimiento en determinadas áreas geográficas, de exclusividad en cuanto a un determinado proveedor o cliente y de otros muchos aspectos. En general, en la mayoría de estos casos los acuerdos implican la aparición de una o más “restricciones verticales”, que son compromisos de una o de varias partes de limitar su discrecionalidad respecto de la disposición de algún bien o servicio en alguna circunstancia. Una de las restricciones verticales más analizadas por la literatura económica es la fijación vertical de precios o fijación de precios de reventa (*resale price maintenance*), que implica la imposición por parte de un proveedor del precio al cual su cliente revenderá el bien o servicio que dicho proveedor le suministra².

En la jerga del derecho antitrust, las restricciones verticales son usualmente consideradas como “restricciones a la competencia”, y como tales son en principio susceptibles de constituir infracciones al artículo 1 de la ley de defensa de la competencia³. Sin embargo, a diferencia de otras restricciones a la competencia que son usualmente

² Esta imposición se interpreta normalmente en sentido amplio, e involucra también los casos de acuerdos entre proveedores y clientes respecto del precio de reventa (como es la situación que analizaremos en el presente artículo) y los casos de “precios sugeridos por el proveedor”, en especial cuando respetar dichos precios resulta necesario para acceder a algún beneficio adicional.

³ Dicho artículo es el que prohíbe, entre otras cosas, “los actos o conductas ... que ... restrinjan ... la competencia ..., de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. Esta redacción es esencialmente la misma en la ley 22.262 y en la ley 25.156.

consideradas ilícitas, las restricciones verticales son en la mayoría de los casos reputadas como lícitas, por entenderse que no atentan contra el funcionamiento competitivo de los mercados ni acarrear un perjuicio al interés económico general.

En un conocido artículo sobre el tema, Posner sostiene por ejemplo que las restricciones verticales deberían considerarse en principio como “legales *per se*”, y sancionarse sólo cuando se pruebe que excluyen del mercado relevante a un competidor significativo y que los efectos anticompetitivos de ese hecho son mayores que sus posibles efectos procompetitivos⁴. En un trabajo más reciente, Pitofsky señala por su parte que las dos causas básicas por las cuales una restricción vertical puede considerarse anticompetitiva son que sirva para facilitar la colusión entre competidores a través de la remoción de ciertos obstáculos creados por las cadenas de distribución, o que sirva para incrementar los costos de algún competidor, mediante prácticas que tiendan a su exclusión total o parcial⁵.

Las dos causas que Pitofsky menciona como posibles fuentes de anticompetitividad de una restricción vertical se relacionan con los dos tipos de restricción a la competencia que el enfoque norteamericano del derecho antitrust tiene usualmente en mente: el que tiene que ver con acuerdos entre competidores para no competir (denominados acuerdos de colusión o cartelización), y el que tiene que ver con las prácticas exclusorias de competidores reales o potenciales. En los países cuya ley de defensa de la competencia está más emparentada con la tradición europea (como es el caso de la Argentina), una tercera causa eventual de ilegalidad de una restricción vertical podría ser que facilitara el ejercicio unilateral de poder de mercado por parte de una empresa no integrada verticalmente, y que fuera considerada por lo tanto como un “abuso explotativo de posición dominante”⁶.

La forma más habitual que existe en la jurisprudencia antitrust comparada para analizar el carácter competitivo o anticompetitivo de una restricción vertical es evaluar los efectos que la misma tiene en la “competencia dentro de la misma marca” (*intra-brand competition*) y en la “competencia entre marcas” (*inter-brand competition*)⁷. Lo normal es que la primera de dichas competencias disminuya como consecuencia de la restricción vertical en cuestión, ya que lo que suele suceder cuando un proveedor le fija verticalmente los precios o le impone algún tipo de exclusividad a sus clientes es que tales clientes dejen de competir entre sí en su carácter de revendedores del bien bajo análisis. La competencia

⁴ Véase Posner, Richard: “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *Per Se* Legality”; *University of Chicago Law Review*, vol 48, pp 6-26, 1981. En rigor, en ese artículo Posner se refiere a las restricciones ligadas con el concepto de “distribución exclusiva” y no a la fijación de precios de reventa, que en Estados Unidos tiene un tratamiento diferente al de las restantes restricciones verticales.

⁵ Véase Pitofsky, Robert: “Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers”; *XXIV Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Nueva York, Fordham Corporate Law Institute, 1997.

⁶ El concepto de abuso explotativo de posición dominante cobró especial importancia en el derecho antitrust argentino a partir del momento en que fue utilizado para justificar una fuerte multa en el caso “CNDC c/ YPF” (CSJN, 2/7/2002). Para una muestra de distintos análisis del mismo, véase D’Amore, Marcelo: “Abuso explotativo de posición dominante: el caso YPF en Argentina”; *Boletín Latinoamericano de Competencia*, Nro 11, pp 7-16, 2000; y Bouzat, Gabriel: “El abuso de posición dominante: un comentario al fallo YPF SA”; *La Ley*, vol 2003-B, 24-2-2003.

⁷ Esta terminología tiene su origen en la sentencia de la Corte Suprema de EEUU que cerró el caso “Continental c/ GTE Sylvania” (433 US 36, 1977). Para un análisis de la misma, véase Areeda, Philip y Kaplow, Louis: *Antitrust Analysis*, 5ta edición, capítulo 4, Nueva York, Aspen Publishers, 1997.

entre marcas, sin embargo, puede aumentar como consecuencia de la restricción vertical, si los revendedores en cuestión pasan a comportarse de manera más competitiva respecto de los revendedores de otras marcas que compiten contra las del proveedor que impuso la restricción vertical. Esto se vuelve especialmente importante cuando la integración vertical parcial que se da como consecuencia de la restricción genera alguna reducción en los costos de transacción de la cadena de producción y comercialización.

Los ejemplos del razonamiento esbozado en el párrafo anterior son muy numerosos en la práctica, en especial en las actividades económicas en las cuales las restricciones verticales son moneda corriente. Así, que un concesionario de automóviles sea exclusivo de una determinada marca y no pueda vender vehículos fabricados por otras empresas es usualmente interpretado como una forma que tiene el productor de asegurarse que su esfuerzo de ventas va a estar unívocamente dirigido a competir contra los restantes fabricantes. Del mismo modo, cuando dicho fabricante de automóviles le impone a sus concesionarios el precio al cual deberán revender los vehículos a los usuarios finales, lo que está en general haciendo es determinar centralizadamente el precio más conveniente para dicho producto, tratando de evitar que los concesionarios cobren precios demasiado elevados (que hagan que el *market share* del fabricante se reduzca) o demasiado bajos (que hagan que el “valor de marca” del producto se deteriore). En ambos casos, por lo tanto, estas restricciones verticales restringen la competencia dentro de la misma marca pero incrementan la competencia entre marcas.

La literatura sobre análisis económico de la defensa de la competencia, por su parte, suele interpretar a las restricciones verticales como un modo de resolver problemas de “externalidades” entre productores y revendedores⁸. Una externalidad es un efecto que tienen las decisiones de un agente económico sobre los beneficios o los costos de otro agente económico, e ignorar su existencia suele hacer que los beneficios netos generados por los mercados sean menores que lo deseable. Las tres externalidades más comúnmente asociadas con la fijación vertical de precios son la “doble marginalización” (*double marginalization*), el “aprovechamiento gratuito” (*free-riding*) de los servicios de venta y la “certificación de la calidad” (*quality certification*) del producto adquirido. El primero de tales fenómenos tiene lugar cuando los revendedores fijan márgenes de beneficios demasiado elevados para un producto que revenden, y esto hace que la cantidad demandada del producto en cuestión caiga. En tal caso, la fijación de un precio máximo de reventa sirve para resolver la externalidad negativa que la política de precios de los revendedores le genera al productor, y puede generarle también un beneficio a tales revendedores si viene acompañada por una consecuente reducción en el precio mayorista que los mismos le pagan al productor.

En cuanto al fenómeno del aprovechamiento gratuito de los servicios de venta, el mismo es básicamente opuesto al anterior, ya que hace referencia a la externalidad positiva que las actividades promocionales de los revendedores le generan al productor y a otros revendedores del mismo producto. En efecto, si hacer más publicidad o destinar un mayor esfuerzo de ventas a determinado bien sirve para incrementar la demanda del mismo, los

⁸ Un ejemplo de esta literatura, que virtualmente interpreta a todas las restricciones verticales como mecanismos para resolver externalidades, es Klein, Benjamin y Murphy, Kevin: “Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms”; *Journal of Law and Economics*, vol 31, pp 265-297, 1988.

productores tendrán interés en fomentar actividades como esas. Una forma de hacerlo es asegurarle a los revendedores un determinado precio mínimo de reventa, que les permita obtener un margen de beneficio atractivo y los incentive a promocionar el producto. Dicho precio mínimo sirve además para evitar que otros revendedores se aprovechen del esfuerzo de aquel revendedor que realiza la actividad promocional en cuestión, y atraigan parte de su clientela ofreciendo reducciones de precios (y hagan esto sin destinar recursos a las actividades promocionales que el otro revendedor sí realiza)⁹.

El fenómeno de la certificación de la calidad, por su parte, hace referencia a los casos en los cuales los consumidores no conocen a ciencia cierta la calidad del bien o servicio que adquieren, e infieren dicha calidad a través del precio que pagan. En ese caso, un revendedor que comercialice un producto a un precio menor al que el productor sugiere puede generar el efecto indeseado de que los consumidores consideren que dicho producto es de menor calidad, y hacer que la demanda agregada del producto disminuya. Esto constituye una externalidad negativa que reduce los beneficios del productor y de los otros revendedores, y que eventualmente podría ser perjudicial para los propios consumidores (si el efecto de la misma es hacer que en el largo plazo desaparezcan del mercado los productos de mayor calidad)¹⁰.

La literatura sobre análisis económico de las restricciones verticales consta también de estudios que han tratado de analizar el fenómeno de manera empírica. Uno de los trabajos más importantes al respecto es el de Gilligan¹¹, que analiza 43 casos antitrust estadounidenses de fijación de precios de reventa y contrasta cuatro hipótesis alternativas para explicar dicha práctica comercial. Tales hipótesis son:

- a) Existencia de un cartel de revendedores: En este caso se supone que la fijación de precios de reventa por parte de un productor ha sido inducida por los revendedores para permitir que todos ellos cobren el mismo precio monopólico, y evitar que algún revendedor efectúe descuentos sobre dicho precio.
- b) Existencia de un cartel de productores: En este caso se supone que la fijación de precios de reventa surge de un acuerdo colusivo entre los productores, y sirve para que cada uno de dichos productores pueda verificar más fácilmente que tal acuerdo colusivo se cumpla.
- c) Discriminación de precios: En este caso se supone que el productor le fija distintos precios de reventa a cada revendedor para poder discriminar precios entre los clientes de dichos revendedores.
- d) Corrección de externalidades: En este caso se supone que el productor fija precios de reventa a los revendedores a fin de corregir problemas de doble marginalización, aprovechamiento gratuito, certificación de la calidad, o similares.

La utilidad de la clasificación de Gilligan para el análisis antitrust tiene que ver con el hecho de que las primeras tres hipótesis que esboza pueden asociarse con distintos tipos de conducta potencialmente anticompetitiva, en tanto que la cuarta agrupa explicaciones basadas en argumentos de eficiencia económica. De su análisis empírico dicho autor llega a

⁹ Sobre este tema, la referencia más citada en la literatura internacional es Telser, Lester: "Why Should Manufacturers Want Free Trade?"; *Journal of Law and Economics*, vol 3, pp 86-105, 1960.

¹⁰ Para un análisis pormenorizado de este punto, véase Marvel, Howard y McCafferty, Stephen: "Resale Price Maintenance and Quality Certification"; *Rand Journal of Economics*, vol 15, pp 346-359, 1984.

¹¹ Véase Gilligan, Thomas: "The Competitive Effects of Resale Price Maintenance"; *Rand Journal of Economics*, vol 17, pp 544-556, 1986.

la conclusión de que en la generalidad de los casos la corrección de externalidades es la explicación más plausible para la aparición de conductas de fijación de precios de reventa, si bien encuentra casos en los cuales no pueden descartarse explicaciones basadas en las hipótesis de existencia de un cartel de productores o de revendedores.

2. El caso del fútbol codificado y la resolución 28/2002

El caso que nos ocupa en el presente artículo se inició a comienzos del año 1999 como una investigación de oficio de la CNDC. Los hechos que dieron lugar a dicha investigación provenían de documentación hallada en otro procedimiento que se estaba llevando a cabo¹², entre la cual se encontraba un contrato firmado por TRISA, TSC, Cablevisión, Multicanal y VCC por el que las últimas tres empresas se comprometían a cobrar los mismos precios mínimos de reventa por la televisación codificada de los partidos de fútbol provistos por TRISA y TSC durante el año 1997.

De la investigación efectuada por la CNDC surgió que, efectivamente, TRISA y TSC habían celebrado un contrato conjunto con los tres operadores de televisión por cable mencionados, así como varios contratos que involucraban individualmente a dichos operadores, por los cuales se pactaban precios mínimos a los cuales lo operadores debían vender el servicio de televisación del fútbol codificado a sus abonados, y que tales precios mínimos habían regido y habían sido respetados por los operadores de cable durante los años 1996, 1997 y 1998.

TRISA y TSC son dos empresas que pertenecen al mismo grupo económico, y son las titulares exclusivas de los derechos de transmisión de los partidos de fútbol correspondientes al campeonato argentino de primera división. Dicha exclusividad proviene de contratos celebrados entre la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) y la empresa Torneos y Competencias (TyC), que a su vez explota comercialmente dichos contratos a través de TRISA y TSC. En cuanto a Cablevisión, Multicanal y VCC, las mismas eran, durante el período investigado, las tres operadoras principales de televisión por cable del área de Capital Federal y Gran Buenos Aires, y competían entre sí en numerosas zonas de dicha área (en las cuales tenían redes superpuestas)¹³.

La investigación de la CNDC concluyó con el dictamen 353 de dicho organismo, emitido el día 21/8/2001. Ese dictamen aconsejaba la aplicación de multas para las cinco empresas involucradas, que en el caso de TRISA y TSC, considerados “partícipes principales” de la conducta objetada, se elevaban al máximo previsto por la ley 22.262 (\$529.289)¹⁴, y en el de Cablevisión, Multicanal y VCC, considerados “partícipes

¹² Dicho procedimiento era el correspondiente al caso “Subsecretaría de Comercio de Misiones c/ Posadas Cable y otros” (Expte 064-1170/97).

¹³ La situación se modificó a fines de 1997, cuando VCC fue adquirida en forma conjunta por Multicanal y Cablevisión. Luego de dicha adquisición VCC virtualmente desapareció, y sus abonados pasaron a ser abonados de Multicanal o de Cablevisión (de acuerdo a un reparto que realizaron dichas empresas). Como consecuencia de esto la superposición de redes disminuyó sustancialmente, ya que en general Multicanal absorbió los abonados de VCC de las zonas en las cuales la red de esta última empresa se superponía con la suya propia, y Cablevisión hizo lo mismo con los abonados de las zonas en las cuales la red de VCC se superponía con la de Cablevisión.

¹⁴ En rigor, este monto era el máximo que la ley 22.262 preveía para casos en los cuales no pudiera estimarse razonablemente el beneficio ilícito obtenido por una práctica anticompetitiva. Cuando dicho beneficio sí

secundarios”, ascendían a un monto equivalente a dos tercios de dicho máximo (\$352.859). El Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor hizo suyo el dictamen de la CNDC a través de la resolución 28/2002, del día 25/9/2002, por la cual se impusieron las multas en cuestión a las empresas denunciadas, que acto seguido apelaron la medida ante la Cámara Nacional Penal Económica¹⁵.

El razonamiento implícito detrás del dictamen de la CNDC para aconsejar la imposición de multas es que el acuerdo entre TRISA, TSC, Cablevisión, Multicanal y VCC era al mismo tiempo una fijación vertical de precios (de los titulares de los derechos de transmisión del fútbol codificado a los operadores de televisión por cable) y un acuerdo horizontal entre los cableoperadores para no competir entre ellos. A juicio de la CNDC, esto implicaba una restricción que violaba la ley de defensa de la competencia, inducida por la actitud de TRISA y TSC y materializada por la aceptación conjunta de la misma por parte de Cablevisión, Multicanal y VCC. De acuerdo con el análisis de la CNDC, dicha restricción a la competencia era además perjudicial para el interés económico general, puesto que impedía que los precios que los abonados pagaban por el fútbol codificado disminuyeran, consecuencia esta que, según la CNDC, había sido admitida por las propias empresas denunciadas.

En defensa de su razonamiento sancionador, la CNDC consideró además que en este caso la conducta cuestionada no podía justificarse razonablemente apelando a causales de eficiencia, puesto que los cableoperadores denunciados no operaban como agentes de TRISA y TSC sino que eran empresas que asumían el riesgo de la comercialización del producto que compraban. En efecto, los contratos entre los titulares de los derechos de transmisión y los operadores de televisión por cable especifican que estos pagan sumas fijas calculadas sobre la base del número de abonados totales que tienen (y no de los abonados a los partidos de fútbol codificado) o del tamaño potencial del mercado que abastecen. Cuando los cableoperadores le venden el servicio a sus abonados, en cambio, cobran por cada abonado al que efectivamente le suministran los partidos de fútbol codificado, y dicho abono es el que se fija verticalmente en los contratos entre TRISA, TSC, Cablevisión, Multicanal y VCC.

El dictamen de la CNDC hace también un análisis individual de las posibles causales de eficiencia que podrían motivar la fijación vertical de precios, y llega a una conclusión negativa en tal sentido. La agencia antitrust considera así que en este caso no existe ningún fenómeno de aprovechamiento gratuito de los servicios de venta provistos por los cableoperadores (ya que no es posible contratar el fútbol codificado a través de una empresa y luego ver los partidos a través de otra) y que tampoco existe ningún tema relacionado con la certificación de la calidad a través del precio (ya que se trata de transmisiones de partidos de fútbol cuya calidad es conocida por el espectador que los contrata).

Otro punto que la CNDC menciona en su análisis del caso es que, en las

podía estimarse, en cambio, la ley permitía la imposición de multas de hasta un 20% más que el beneficio ilícito obtenido. Es por eso que, por ejemplo, YPF fue sancionado en su momento con una multa de 109 millones de pesos, en el ya citado caso “CNDC c/ YPF”, CSJN 2/7/2002.

¹⁵ Nótese que entre la fecha del dictamen de la CNDC y la de la resolución del secretario transcurrió más de un año. Esta es una particularidad de este caso, puesto que lo usual es que entre que se elabora un dictamen y se dicta la resolución correspondiente no transcurra más que unos pocos días o semanas.

jurisdicciones con más tradición en temas de derecho antitrust, la fijación de precios mínimos de reventa es usualmente reputada como una práctica anticompetitiva. Se señala así que en Estados Unidos dicha conducta es considerada una práctica anticompetitiva “en sí misma” (*per se*), y que por lo tanto se la sanciona corrientemente sin aceptar ningún tipo de defensa respecto de su razonabilidad como estrategia competitiva¹⁶. En la Unión Europea, por su parte, la fijación de precios mínimos de reventa es también usualmente atacada como un acuerdo destinado a restringir la competencia o como un abuso de posición dominante unilateral, y como tal se la encuadra dentro de las conductas prohibidas por los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Cabe señalar, asimismo, que el reglamento 2790/1999 de la Comisión Europea (que es el que autoriza “en bloque” a la mayoría de los contratos verticales vigentes) determina explícitamente que para que un acuerdo vertical goce de una autorización automática no debe incluir cláusulas de fijación de precios mínimos de reventa.

Un último tema sobre el cual el dictamen de la CNDC hace un análisis particularmente extenso es la definición del mercado relevante para analizar la conducta objetada en el caso bajo estudio. De dicho análisis la CNDC llega a la conclusión de que el fútbol codificado representa un mercado en sí mismo, constituido por los derechos de transmisión de los partidos de fútbol del campeonato de primera división que son televisados en directo, respecto de los cuales la AFA tiene el monopolio. Dicho monopolio se transfiere a su vez a Torneos y Competencias y al grupo TRISA-TSC, en virtud de distintos contratos de exclusividad vigentes, y sólo se atenúa un poco en la etapa de comercialización minorista en las zonas en las cuales coexisten varios operadores de televisión por cable. La principal causa por la cual la CNDC entiende que el mercado relevante es el de estos derechos y no debe incluir, por ejemplo, a los resúmenes de los partidos que se transmiten en diferido por la televisión abierta, a los partidos de fútbol de otros campeonatos nacionales que se transmiten dentro del abono básico de la televisión por cable, a los demás espectáculos deportivos que se transmiten por televisión o al resto de los programas televisivos, es que, para los abonados al fútbol codificado en la República Argentina, tales programas no representan sustitutos próximos a los partidos del campeonato argentino de primera división que se televisan en directo a través del sistema codificado. Dicha ausencia de sustitución se verifica, en opinión de la CNDC, en el hecho de que los abonados al fútbol codificado estaban dispuestos a pagar un cargo adicional de \$6 por mes por ver los partidos de los días viernes y \$11 por mes por ver los partidos de los días domingos, cuando podían acceder sin pagar dicho cargo a los restantes programas incluidos en el abono básico de la televisión por cable o gratuitamente a aquéllos transmitidos por canales de televisión abierta.

3. El fallo de la Cámara Nacional Penal Económica

Por la forma en la cual está redactado, el fallo de la Sala B de la Cámara Nacional

¹⁶ En esto la jurisprudencia norteamericana hace una diferencia importante respecto de los casos de fijación de precios máximos de reventa (es decir, cuando el productor le prohíbe al revendedor vender por encima de cierto precio). Dicha conducta es reputada en principio como lícita, puesto que sirve para limitar el poder de mercado de los revendedores y para fomentar la competencia entre marcas. Al respecto, el caso líder que inauguró esta interpretación es “Kahn c/ State Oil”, 522 US 3, 1997.

de Apelaciones en lo Penal Económico (CNPE) resulta más complicado de analizar que el dictamen de la CNDC al cual nos hemos referido en la sección anterior. Esto se debe a que se trata de una sentencia que resuelve una apelación, y por lo tanto no pretende efectuar un análisis comprensivo de todo el caso sino responder, aceptando o rechazando, los argumentos esgrimidos por las partes para objetar la resolución 28/2002 del Secretario de la Competencia.

El fallo de la CNPE consta de un visto, noventa y dos considerandos, y un párrafo resolutivo. Los primeros treinta y dos considerandos se refieren a planteos de nulidad y de prescripción de la acción que las empresas denunciadas hicieron en sus escritos de apelación, y sientan las bases para el rechazo de dichos planteos. Básicamente la CNPE expresa que, en su opinión, la resolución 28/2002 (que incluye al dictamen 353 como parte integrante de la misma) no puede considerarse nula por ningún tipo de vicio formal, y que por lo tanto corresponde analizar su procedencia en términos de la cuestión de fondo, es decir, de si efectivamente la conducta analizada debe considerarse como una violación a la ley de defensa de la competencia que merezca sanción. Dicho análisis es el objeto de los restantes sesenta considerandos de la sentencia de la Sala B de la CNPE.

Los considerandos del fallo de la CNPE referidos al análisis de la cuestión de fondo pueden a su vez subdividirse en tres grupos. Los considerandos 33 al 52 hacen un análisis general de las disposiciones de la ley de defensa de la competencia, que en buena medida reproduce el contenido de un documento elaborado por la propia CNDC en el año 1997¹⁷. En él se describen los requisitos para que una conducta pueda ser considerada como anticompetitiva y se los relaciona con distintos conceptos económicos tales como poder de mercado, monopolio y liderazgo. Los considerandos 53 al 72, por su parte, analizan el tema del mercado relevante, y llegan a la conclusión de que en este caso el mercado relevante debió haber estado constituido por todos los partidos de fútbol que se transmiten por televisión, sin hacer distinción entre televisión abierta, televisión por cable sin codificar y televisión codificada, entre transmisiones en directo y en diferido, entre partidos completos y resúmenes de partidos, entre categorías de los equipos participantes, ni entre ligas nacionales y extranjeras. Los considerandos 73 al 92, por último, se concentran en establecer si la conducta bajo análisis implicó una restricción a la competencia o un abuso de posición dominante, y llegan a una conclusión negativa, que es la que en definitiva fundamenta la decisión final de la CNPE de revocar la parte de la resolución 28/2002 que sanciona a TRISA, TSC, Cablevisión, Multicanal y VCC con sendas multas por violación de la ley de defensa de la competencia.

La esencia del razonamiento del fallo de la CNPE para revocar las sanciones es que la conducta analizada no restringe la competencia entre proveedores de programas televisivos de fútbol. Esto se debe a que no representa un acuerdo horizontal entre empresas que proveen distintos programas ni tampoco implica un acto de obstaculización del acceso al mercado de otros competidores. El fallo argumenta también que los contratos objetados tampoco deben considerarse como manifestaciones de abuso de posición dominante, en primer lugar porque, con la redefinición de mercado relevante que efectúa la CNPE, no queda claro que el grupo TRISA-TSC tenga posición dominante como proveedor de

¹⁷ Véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia: “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”; Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería, 1997.

programas televisivos de fútbol, y en segundo lugar porque, aunque la tuviera, no se han acreditado hechos que la CNPE considere como manifestaciones de abuso de dicha posición dominante.

En los últimos considerandos del fallo, la CNPE menciona también una serie de factores que considera innecesario analizar por no haberse acreditado la existencia de una restricción a la competencia ni de un abuso de posición dominante. Entre dichos factores aparece el tema de la efectiva aplicación en la práctica de los precios de reventa fijados en los contratos entre las empresas denunciadas, y el tema de la afectación del interés económico general (que la CNDC y el Secretario de la Competencia relacionaron en este caso con el excedente de los consumidores abonados al servicio codificado de televisión por cable). Sobre dichos aspectos la CNPE opta por no expedirse, en virtud de que considera irrelevante tratarlos a la luz de la conclusión a la que llegó previamente de que las prácticas objetadas no constituían restricciones a la competencia ni manifestaciones de abuso de posición dominante. Por no haber sido apelada por las partes, la CNPE tampoco se expide respecto del posible papel de la relación contractual entre la AFA y la empresa Torneos y Competencias en el funcionamiento del mercado, y deja por ende vigente la parte de la resolución 28/2002 que establece que la CNDC deberá iniciar una investigación a fin de evaluar en forma integral las condiciones de competencia que rigen la adjudicación de los derechos de transmisión de los partidos organizados por la AFA.

4. Conclusiones y comentarios finales

Desde el punto de vista económico, la principal conclusión que puede extraerse de contrastar los argumentos que aparecen en el dictamen 353 de la CNDC y en el fallo de la Sala B de la CNPE sobre el caso del fútbol codificado es que, mientras el primero visualizó los hechos como una manifestación de una conducta de cartelización entre revendedores destinada a extender el poder de mercado del grupo proveedor de los derechos de transmisión de los principales partidos de fútbol del campeonato argentino, el segundo no vio en los contratos objetados otra cosa que una práctica comercial de carácter estrictamente vertical destinada a organizar la provisión de un servicio (la televisación de ciertos partidos de fútbol) que no afectaba las condiciones de competencia entre dicho servicio y otros similares¹⁸. Estas dos visiones (cartelización versus integración vertical parcial) son las que explican las enormes diferencias de encuadramiento a las que llegan los distintos organismos intervinientes en el caso, que hacen que la autoridad administrativa considere que corresponde imponer importantes multas y que, en cambio, la cámara de apelaciones llegue a la conclusión de que no ha habido ninguna infracción a la ley de defensa de la competencia.

Tal como hemos mencionado en nuestro libro sobre defensa de la competencia¹⁹, la jurisprudencia antitrust argentina tiene una tradición especialmente benévola respecto de las

¹⁸ En rigor, la conducta objetada por la CNDC puede también verse como un ataque que únicamente va hacia la actitud de TRISA-TSC de imponer precios mínimos de reventa, y que considera el aspecto de cartelización horizontal aguas abajo como una derivación de dicha conducta vertical. Agradezco a Marcelo D'Amore por hacerme notar ese punto.

¹⁹ Véase Coloma, Germán: *Defensa de la competencia*, capítulo 5. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003.

restricciones verticales. La misma se remonta por lo menos al caso “CNDC c/ Acfor e Igarreta” (CNPE, Sala 1, 27/12/1983), en el que la Cámara Nacional Penal Económica revocó una resolución del Secretario de Comercio en la cual se multaba a dos concesionarios de automóviles de la misma marca por repartirse horizontalmente el mercado, cuando lo que en realidad existía era una restricción vertical pactada entre dichos concesionarios y el fabricante de los automóviles al que estaban ligados para organizar más eficientemente la distribución de los mismos y para competir de manera más efectiva contra otros fabricantes y sus redes de distribución. En lo que atañe a la fijación de precios de reventa, el antecedente positivo más importante es sin duda “FECRA y otros c/ YPF” (Res 8, 30-31 y 159-161/1995 del Secretario de Comercio), en el cual se consideró lícito que la principal refinadora de combustibles líquidos le fijara precios máximos a las estaciones de servicio de su propia bandera, a efectos de poder competir más eficazmente contra los restantes proveedores de dichos combustibles.

El caso del fútbol codificado, sin embargo, difiere de estos precedentes en varios puntos fundamentales. En primer lugar, quienes aquí comercializan el producto no son meros revendedores de un proveedor que se hallan en competencia con revendedores de otros proveedores, sino que son operadores de sistemas de televisión por cable que compiten entre sí revendiendo de manera unificada los programas que ofrecen todas las señales televisivas. El grado de integración vertical funcional que hay entre TRISA-TSC, por un lado, y los cableoperadores, por otro, no es de ningún modo equivalente al que existe entre un fabricante de automóviles y sus concesionarios o entre un refinador de petróleo y las estaciones de servicio de su bandera. Tampoco es equivalente una política de fijación de precios máximos de reventa (por la cual se busca evitar que los revendedores fijen precios demasiado altos, a fin de solucionar un problema de doble marginalización) que una política de fijación de precios mínimos de reventa (por la cual lo que se busca evitar es que los revendedores compitan entre sí y bajen los precios).

Mi opinión personal es que en este caso resulta más razonable encarar el tema como lo hicieron la CNDC y el Secretario de la Competencia que adoptar la postura más acotada que tomó la Sala B de la CNPE. Esto no impide que el dictamen 353 sea pasible de ciertas críticas, entre las cuales hay una que me parece fundamental y que en cierto modo abre la puerta para la interpretación que luego hace la cámara de apelaciones para revocar las sanciones. La misma tiene que ver con el encuadramiento del caso como una restricción a la competencia y con la idea de que TRISA y TSC fueron “partícipes principales” y Cablevisión, Multicanal y VCC fueron “partícipes secundarios”. De hecho, la conducta objetada debió haber sido encuadrada como la suma de dos infracciones a la ley de defensa de la competencia: un abuso explotativo de posición dominante del grupo TRISA-TSC consistente en la extensión de su poder de mercado desde el segmento mayorista hacia el segmento minorista, y un acuerdo horizontal entre Cablevisión, Multicanal y VCC para no competir en precios en un determinado ítem de sus cuadros tarifarios (el correspondiente al fútbol codificado), monitoreado a través de la intervención de TRISA y TSC para controlar que el acuerdo en cuestión se cumpla. En la primera de tales infracciones TRISA y TSC son los partícipes principales (y virtualmente únicos), pero en la segunda el papel principal es más bien el de los cableoperadores, y el grupo TRISA-TSC actúa como “policía del

cartel”²⁰.

Un punto al cual la CNPE probablemente le prestó alguna atención fue el argumento de los cableoperadores de que los precios de reventa fijados implicaban en la práctica una pérdida para dichas empresas cuando se los relacionaba con las cantidades comerciadas y con los precios de compra de los derechos de transmisión. Esto, sumado al hecho de que la CNDC encuadró el caso sólo como una restricción a la competencia en la cual TRISA y TSC eran los partícipes principales, movió quizás a la cámara a concentrarse en analizar el caso desde el punto de vista exclusivo del mercado mayorista de partidos de fútbol televisados, y a no hallar infracción alguna en dicho mercado (por no haber colusión entre proveedores de señales televisivas ni obstaculización del acceso al mercado de ninguna de ellas).

Si planteamos el caso como un acuerdo horizontal entre cableoperadores, sin embargo, el argumento de que pierden plata cuando comercializan el fútbol codificado puede volverse un punto que apoya y no invalida el carácter anticompetitivo de su conducta. En efecto, si el fútbol codificado termina siendo poco rentable en razón del elevado precio al que hay que adquirir el producto, pero por otro lado es un elemento importante para tener presencia en el mercado global de la televisión por cable, entonces hay un incentivo muy fuerte para coludir y tratar de mantener el precio al público lo más alto posible. Dicho incentivo no se contrapone con el de los titulares de los derechos de transmisión, que a su vez saben que lograr que los operadores de cable le cobren a sus abonados un precio cercano al de monopolio es también el modo de generar un beneficio empresario conjunto lo más alto posible, y de poder en consecuencia apropiarse de dicho beneficio a través de un precio elevado de venta de los partidos a los cableoperadores.

La fijación centralizada de los precios de reventa es también, entonces, la herramienta que el titular monopólico de los derechos de transmisión tiene para extender su poder de mercado del segmento mayorista al minorista. A través de ella logra generar rentas adicionales que de otro modo se disiparían por la competencia que podría desatarse entre los cableoperadores, y esto le permite apropiarse de dichas rentas cobrando un precio más alto por los derechos que el que cobraría si no pudiera controlar el precio al que dichos operadores revenden sus programas. En una legislación como la argentina que admite la figura del abuso explotativo de posición dominante, una conducta como esa puede reputarse como una manifestación de dicho abuso, que desaparece si se esfuma la posibilidad de fijar verticalmente los precios mínimos de reventa.

Para poder encuadrar la conducta del grupo TRISA-TSC como un abuso de posición dominante, sin embargo, resulta crucial interpretar (como lo hacen la CNDC y el Secretario de la Competencia) que el mercado relevante comprende sólo al fútbol codificado y no a otros programas, puesto que en dicho mercado hay un único grupo oferente cuya posición no puede ser desafiada en el mediano plazo en virtud de los contratos vigentes celebrados entre la AFA y TyC. Tal como hemos visto, la CNPE no comparte dicha visión, y considera que el mercado relevante son todos los programas de fútbol que se transmiten por televisión. Esta es, en mi opinión, la parte más débil del fallo de la cámara penal

²⁰ Esta es en esencia la interpretación que en su momento hicimos al reseñar este caso en nuestro libro de defensa de la competencia (Coloma, *op cit*, capítulos 3 y 5). Dicho libro se publicó después de la resolución 28/2002 pero antes de la sentencia de la CNPE que la revocó.

económica, puesto que no está fundamentada en ningún análisis objetivo sino en la simple percepción de los camaristas intervinientes. En dicha percepción, la CNPE cae en una especie de “falacia del celofán”, por la cual interpreta que un producto que se vende a un precio diferencial de \$11 por mes es sustituible por otro que se obtiene de manera gratuita, no apreciando que el oferente está cobrando ya un precio en el que está cargando su margen de poder monopólico y que, por lo tanto, está dando la señal de que (al menos para un segmento de la población perfectamente identificable) el fútbol codificado es un producto totalmente distinto del que puede obtener viendo unas horas después un resumen en el programa “Fútbol de Primera” o mirando por otro canal de cable un partido que se juega en Europa²¹. El que la cámara de apelaciones se meta ligeramente en estos temas de definición del mercado relevante representa además un precedente a mi entender peligroso, sobre todo cuando el análisis que se hizo en primera instancia fue bastante completo y fundamentado, y su reversión se efectúa de manera mucho más superficial.

Cabe señalar, sin embargo, que la impugnación de la definición del mercado relevante que hace la CNPE no es el punto principal por el cual se revocan las sanciones de multa para TRISA, TSC, Cablevisión, Multicanal y VCC. El punto principal tiene que ver con la ya mencionada diferencia de visión respecto de la naturaleza de la conducta bajo análisis, que representa un punto de vista respetable aunque, a nuestro entender, también peligroso. Una lectura posible de la jurisprudencia sentada por medio de este caso es que las restricciones verticales sólo pueden ser anticompetitivas si favorecen la creación de un cartel de proveedores o si obstaculizan el acceso al mercado de competidores de dichos proveedores, y no si sirven para controlar el funcionamiento de un cartel de revendedores o para extender el poder monopólico de un productor del segmento mayorista al segmento minorista. Esta interpretación podría llevar a que las empresas se vieran inducidas a disfrazar sus acuerdos horizontales de precios de acuerdos verticales con un proveedor, o a que sustituyeran una operación de adquisición vertical con efectos anticompetitivos por un contrato vertical que tuviera los mismos efectos.

Buenos Aires, febrero de 2004.

²¹ El nombre de “falacia del celofán” hace referencia a un razonamiento que aparece en la sentencia de la Corte Suprema de EEUU en el caso “EEUU c/ DuPont de Nemours” (351 US 377, 1956), en la cual se entendió que el celofán formaba parte del mismo mercado relevante que otros materiales que también servían para envolver paquetes, sin tener en cuenta que el precio monopólico al que se vendía el celofán era ya lo suficientemente elevado para hacer que ciertos consumidores empezaran a sustituirlo por otros productos (cosa que no habrían hecho si el celofán se hubiera estado vendiendo en condiciones competitivas).