

La ley argentina de defensa de la competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación

Germán Coloma (Universidad del CEMA)

Una famosa frase del jurista estadounidense Oliver Wendell Holmes afirma que el derecho es una “predicción de lo que van a decidir los tribunales”¹. Esta idea se considera la base de lo que algunos autores denominan “teoría predictiva del derecho”, y ha sido considerablemente desarrollada por una escuela de filosofía del derecho conocida como “realismo jurídico”². Detrás de esta teoría priva la idea de que lo verdaderamente importante para interpretar un sistema jurídico o una parte de él no es tanto lo que dicen las normas vigentes sino más bien el modo probable en que dichas normas van a ser aplicadas en caso de litigios.

Esta manera de ver las cosas es quizás más propia de sistemas jurídicos basados en el derecho consuetudinario (como es el caso de los países anglosajones) que en sistemas como el nuestro cuya base es el derecho escrito. Para el caso del derecho de defensa de la competencia, sin embargo, puede resultar un enfoque bastante útil, ya que, por su propia naturaleza, la jurisprudencia cobra en él una importancia fundamental. En efecto, lo que la ley 25.156 de defensa de la competencia dice (en rigor, lo que cualquier ley de defensa de la competencia del mundo dice) acerca de cuáles conductas están prohibidas y cuáles no es algo que resulta necesariamente muy general, y las más de las veces son los precedentes jurisprudenciales los que nos dan una idea más precisa respecto de si ciertos actos o conductas son o no permisibles.

En base al criterio mencionado en el párrafo anterior, nuestro objetivo en este artículo será elaborar un número acotado de predicciones (cinco), referidas a ciertos tipos de actos y conductas que suelen aparecer en los casos argentinos de defensa de la competencia³. Dichas predicciones han sido elaboradas tomando como base lo que los distintos organismos intervinientes (en especial, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, y la Corte Suprema) han opinado en el pasado, pero probablemente su mayor utilidad es que representan una guía de cómo pueden resolverse casos similares en el futuro.

Predicción 1: Los carteles explícitos son ilegales, puesto que siempre generan un perjuicio al interés económico general.

En el derecho argentino de la competencia no existen prácticas prohibidas *per se*, y todo lo que se sanciona tiene que generar un perjuicio real o potencial al interés económico general. No existen sin embargo casos de carteles explícitos (es decir, casos de acuerdos de precios, acuerdos de cuotas o repartos horizontales de mercados adecuadamente probados) que hayan terminado sin sanción para los presuntos responsables. En todos ellos se consideró que, como consecuencia de la conducta cartelística, el comportamiento del mercado necesariamente fue o pudo ser afectado de manera perjudicial (es decir, por

¹ Holmes, Oliver: “The Path of the Law”; *Harvard Law Review*, vol 10, pp 457-478, 1897.

² Para un buen análisis del tema de la teoría predictiva del derecho en el marco del realismo jurídico, véase Green, Michael: “Legal Realism as Theory of Law”; *William and Mary Law Review*, vol 46, pp 1915-2000, 2005.

³ Estas predicciones son en esencia un resumen de las ideas principales de un documento más extenso publicado recientemente: Coloma, Germán: “The Argentine Competition Law and its Enforcement”, Documento de Trabajo Nro 342; Buenos Aires, Universidad del CEMA, 2007.

aumentos de precios, reducciones de cantidad o reducciones de calidad), y eso se consideró suficiente para mostrar la existencia de perjuicio al interés económico general⁴.

Predicción 2: El paralelismo consciente no es suficiente para probar la existencia de un cartel y, por lo tanto, no es ilegal.

Muchas veces las denuncias por cartelización se basan exclusivamente en la observación de ciertas conductas paralelas por parte de empresas competidoras (por ejemplo, aumentos simultáneos de precios, o ausencia de ventas en regiones alejadas). Dichas conductas pueden sin embargo provenir de causas diferentes a un acuerdo entre competidores (por ejemplo, aumentos de costos que afectaron a todas las empresas, o altos costos de transporte de los productos). Es probablemente por eso que todos los casos en los cuales el único elemento de prueba de un supuesto cartel era un comportamiento paralelo terminaron sin sanción, por entenderse que el mismo no configuraba en sí mismo una conducta restrictiva de la competencia⁵.

Predicción 3: La negativa de acceso de competidores a una instalación esencial es ilegal, y virtualmente es el único tipo de práctica exclusoria que termina siendo sancionada.

Esta predicción es probablemente la más imprecisa, ya que el propio concepto de “instalación esencial” lo es. La idea básica es que, cuando existe un activo que es propiedad de una empresa, pero que los demás competidores también lo necesitan para poder competir efectivamente con ella, entonces negar el acceso a dicho activo es una forma de excluir competidores del mercado y es por lo tanto ilegal (siempre que genere un perjuicio al interés económico general, cosa que normalmente pasa en estos casos). Este esquema de análisis ha sido aplicado a activos bastante diferentes entre sí (por ejemplo, el único matadero de una ciudad pequeña, los medios de elevación a una montaña, el sistema nacional de aeropuertos, los afiliados al sistema de obras sociales, etc.) y los responsables sancionados por estas conductas han sido tanto empresas individuales como asociaciones de empresas⁶. En cambio, cuando lo que se invoca es una práctica exclusoria que no depende de una instalación esencial (por ejemplo, precios predatorios, publicidad desleal, etc.), la generalidad de los casos termina sin sanción porque existen otras explicaciones competitivas posibles, o bien porque no queda claro que exista perjuicio real o potencial al interés económico general⁷.

Predicción 4: Las restricciones verticales de exclusividad entre productores y revendedores son legales.

Esta es quizás una de las predicciones más particulares del régimen argentino de

⁴ El caso líder al respecto es “Lara Gas y otros c/Agip y otros” (CSJN, 23/11/1993). Véase también “AGP c/CCAP y otros” (Res. 382/1996, SICM) y “CNDC c/Air Liquide y otros” (Res. 119/2005, SCT).

⁵ Aquí el caso líder es “Secretaría de Energía c/YPF, Shell y Esso” (Res. 99/1994, SCom). Véase también “Fecliba c/Roux Ocefa, Rivero y Fidex” (Res. 211/1998, SICM) y “Aivabue c/American Airlines, United Airlines y British Airways” (Res. 115/2001, SDC).

⁶ El primer caso de este tipo fue “A. Savant c/Matadero Vera” (Res. 78/1982, SCom). También cabe mencionar casos como “Fanski c/Catedral Alta Patagonia” (Res. 421/1998, SICM) y “Staff Médico c/FeMeBA” (Res. 101/1982, SCom), entre otros. En la jurisprudencia sobre fusiones sobresale el caso “Aeropuertos Argentina 2000/LAPA” (Res. 29/2002, SDC), en el cual se prohibió la adquisición de una línea aérea por parte del concesionario del sistema nacional de aeropuertos.

⁷ Son ejemplos al respecto los casos “Cámara Argentina de Papelerías y Librerías c/Supermercados Makro” (Res. 810/1997, SICM) y “Procter & Gamble c/Unilever y otros” (Res. 884/1999, SICM).

defensa de la competencia, puesto que en otras jurisdicciones con leyes parecidas (por ejemplo, en los países de la Unión Europea) es relativamente común encontrar prohibiciones de prácticas verticales. En la Argentina, sin embargo, la regla parece ser que cualquier restricción que surja del modo en el cual un productor organiza la distribución y reventa de sus productos se considera admisible, puesto que no altera el grado de competencia entre dicho productor y otras empresas y, antes bien, puede servir para que dicha competencia sea más fuerte⁸. El mismo razonamiento se ha aplicado también a casos en los que el productor fija precios máximos de reventa, pero no siempre cuando lo que aparecen son precios mínimos de reventa (porque en este caso podemos estar en presencia de un intento de extender el poder monopólico del mercado mayorista al mercado minorista de un producto)⁹.

Predicción 5: Las operaciones de concentración económica que crean un monopolio en un mercado son ilegales.

Esta es, en nuestra opinión, la predicción más clara que puede extraerse de la aplicación de la ley 25.156 a casos de fusiones y adquisiciones. La misma se ha materializado en casos que terminaron con prohibición total de operaciones, pero también en casos que terminaron con el condicionamiento de una operación a que las partes que se concentraban se desprendieran de determinados activos¹⁰. En todos estos casos resulta vital la definición del mercado relevante a analizar, ya que puede ser que bajo cierta definición de mercado más estrecha una concentración genere un monopolio y bajo otra definición más amplia no lo genere¹¹.

Buenos Aires, 6/7/2007.

⁸ El caso líder sobre este tema es “CNDC c/Acfor e Igarreta” (CNPE, Sala 1, 27/12/1983). Véase también “SADIT y otros c/Massalin Particulares y otros” (Res. 281/2000, SDC).

⁹ El caso que ilustra más claramente la legalidad de los precios máximos de reventa es “FECRA y otros c/YPF y otros” (Res. 8, 30-31 y 159-161/1995, SCom). Sobre precios mínimos de reventa, véase “CNDC c/TRISA, TSC y otros”, que terminó con una sanción del Secretario de Defensa de la Competencia (Res. 28/2002, SDC) que fue revocada en segunda instancia (CNPE, Sala B, 29/08/2003) y se halla actualmente recurrido ante la Corte Suprema de Justicia.

¹⁰ Las dos operaciones prohibidas por aplicación de este argumento fueron “OCA/Correo Argentino” (Res. 64/2001, SDC) y “Teledigital/Esmeralda-Venado Tuerto Televisión” (Res. 32/2003, SDC). Entre las que fueron condicionadas al desmembramiento de activos, para evitar la creación de monopolios, pueden citarse “Telefónica/AC Inversora-Atlántida Comunicaciones” (Res. 53/2000, SDC) y “Fresenius/RTC” (Res. 83/2000, SDC).

¹¹ La concentración “Jumbo/Home Depot” (Res. 8/2002, SDC), por ejemplo, fue autorizada por entenderse que los supermercados minoristas de materiales de construcción no eran un mercado en sí mismo (y formaban parte del mercado más amplio de comercios minoristas que vendían dichos materiales). De haberse usado una definición más estrecha de mercado relevante, dicha operación probablemente hubiera sido prohibida, dado que Jumbo y Home Depot eran los únicos dos propietarios de supermercados minoristas de materiales de construcción que había en la Argentina al tiempo de la adquisición de uno por el otro. Por el contrario, la concentración “YPF/Dapsa” (Res. 4/2007, SCom) se prohibió por entenderse que el mercado relevante en ese caso eran las estaciones de servicio ubicadas en un radio de quince cuadras a la redonda, y probablemente hubiera sido autorizada si la definición de mercado relevante empleada hubiera sido más amplia.