

Comentarios sobre los argumentos económicos analizados en cinco casos de apelación de la ley argentina de defensa de la competencia

Germán Coloma (Universidad del CEMA)

En un artículo anterior, publicado por nosotros el año pasado, mencionábamos que, de la aplicación de las leyes argentinas de defensa de la competencia a lo largo de los últimos veinticinco años, resultaba posible extraer cinco predicciones respecto de los criterios económicos que se habían utilizado de manera más o menos consistente en nuestro país, y que dichas predicciones podían servir para tener una idea más acabada de cómo nuestro sistema jurídico enfocaba este tipo de cuestiones¹. Las predicciones en cuestión se basaban esencialmente en la jurisprudencia elaborada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y eran las siguientes:

- 1) Los carteles explícitos son ilegales, puesto que siempre generan un perjuicio al interés económico general.
- 2) El paralelismo consciente no es suficiente para probar la existencia de un cartel y, por lo tanto, no es ilegal.
- 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.
- 4) Las restricciones verticales de exclusividad entre productores y revendedores son legales.
- 5) Las operaciones de concentración económica que crean un monopolio en un mercado son ilegales.

En el presente volumen, editado por la Fundación Justicia y Mercado, se han compilado nueve fallos de tribunales de alzada (la Cámara Federal de la ciudad de Posadas, la Cámara Federal Civil y Comercial, la Cámara Nacional Penal Económica y la Corte Suprema de Justicia de la Nación) que se dictaron en los últimos tres años. Tales fallos pueden representar una buena muestra para analizar si las predicciones efectuadas por nosotros en nuestro artículo anterior también resultan aplicables a estos casos, máxime teniendo en cuenta que los mismos provienen de cuatro tribunales diferentes, que también pueden tener criterios distintos a los que comúnmente utiliza la CNDC.

Por tratarse en todas las circunstancias de procedimientos relativos a conductas supuestamente anticompetitivas, sólo será relevante analizar aquí lo que tiene que ver con las cuatro primeras predicciones realizadas por nosotros en nuestro artículo del año pasado. Esto es así porque la quinta predicción se refiere a operaciones de concentración económica, que no serán objeto de nuestro análisis. También hemos optado por concentrarnos en cinco de los nueve fallos compilados. Esto se debe a que los otros cuatro fallos analizaron cuestiones de procedimiento o de competencia de los tribunales para hacerse cargo de los temas del derecho antitrust, y no resulta por lo tanto posible indagar en ellos acerca de las cuestiones de índole económica a las que se refieren las predicciones mencionadas más arriba. Por ello el presente artículo se concentrará en analizar los criterios económico-jurídicos implícitos en las decisiones de los tribunales que entendieron en los siguientes casos:

- 1) R. Barisio c/Círculo Odontológico de Venado Tuerto, CSJN, 03/05/2005.

¹ Coloma, Germán: “La ley argentina de defensa de la competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación”; *La Ley (Suplemento UCEMA)*, pp 1-2, 6/7/2007.

- 2) CNDC c/TRISA, TSC y otros, CSJN, 05/06/2007.
- 3) CADAM c/Luncheon Tickets, CNPE, 05/07/2007.
- 4) J. Mayol c/Shell Gas y Totalgaz, CF Posadas, 30/05/2008.
- 5) CNDC c/Loma Negra y otros, CNPE, 26/08/2008.

1. El caso del Círculo Odontológico de Venado Tuerto

El caso del Círculo Odontológico de Venado Tuerto puede inscribirse dentro de una tradición bastante larga de la jurisprudencia argentina de defensa de la competencia acerca de la ilegalidad de ciertas conductas exclusorias por parte de asociaciones de prestadores de servicios de salud. Esta jurisprudencia se remonta por lo menos al año 1982, cuando el Secretario de Comercio, previo dictamen de la CNDC, resolvió sancionar a la Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires (FeMeBA) por negarse a contratar con una empresa privada de seguros de salud (Staff Médico) e impedirle a sus miembros hacerlo en forma individual².

El tema de las prácticas exclusorias atribuidas a asociaciones de prestadores de servicios de salud siguió apareciendo de manera bastante frecuente durante las décadas de 1980 y 1990, e inclusive motivó a que la CNDC emitiera un documento en el año 1997 en el que se daban ciertas precisiones al respecto³. Entre dichas precisiones se destacan dos pautas de análisis que establecen que “las asociaciones de prestadores ... que nucleen más del 25% de los prestadores en alguna especialidad en algún mercado relevante no deberán establecer cláusulas de exclusividad que impliquen la obligación de que sus afiliados sólo puedan celebrar contratos con administradores de fondos para la salud a través de la asociación” y que “cuando una asociación nucleee más del 50% de los prestadores de algún mercado y, por circunstancias propias del funcionamiento y de la estructura del mismo, la no pertenencia a la asociación represente una barrera importante para el ejercicio de la actividad de prestación para la salud, la asociación no puede establecer cláusulas que impidan la afiliación de los prestadores que cumplan con los requisitos de idoneidad que resulten relevantes para la actividad de que se trate”.

En el caso del Círculo Odontológico de Venado Tuerto, la entidad denunciada, que agrupaba a la mayor parte de los odontólogos de la ciudad de Venado Tuerto (Santa Fe), había obligado a un asociado a desafiliarse de la entidad para poder atender pacientes cuya cobertura odontológica se realizaba a través de entidades que no habían celebrado convenios con la asociación denunciada. Además, cuando el odontólogo en cuestión intentó, después de un tiempo, volver a asociarse al Círculo Odontológico de Venado Tuerto, éste le negó el derecho a re-afiliarse. Ambas conductas fueron consideradas por la CNDC como anticompetitivas, teniendo en cuenta que las mismas iban en contra de las pautas emitidas en su momento por dicho organismo, e interpretando que por ese hecho resultaban violatorias de la ley de defensa de la competencia. En el mismo sentido se manifestó en su resolución el Secretario de Defensa de la Competencia, quien le impuso al Círculo Odontológico de Venado Tuerto una orden de cese y una multa⁴.

El caso fue apelado por el denunciado ante la Cámara Federal de Rosario, la cual revocó parcialmente la resolución del Secretario de Defensa de la Competencia pero

² Staff Médico c/FeMeBA, Resolución 101/1982 del Secretario de Comercio.

³ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia: “La ley de defensa de la competencia y los mercados de servicios para la salud”; Buenos Aires, Secretaría de Industria y Comercio, 1997.

⁴ Resolución 156/2001 del Secretario de Defensa de la Competencia.

mantuvo el criterio básico de ilegalidad de la conducta denunciada⁵. Por ese hecho es que el denunciado volvió a apelar (esta vez ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación), que en su fallo final confirmó la sentencia.

A nuestro entender, la importancia de este fallo de la CSJN radica en que el mismo confirma un criterio que la CNDC viene aplicando casi desde su misma fundación, y que se relaciona, de manera más general, con la idea expuesta por nosotros acerca de que la negativa de acceso de competidores a una instalación esencial es ilegal⁶. En este caso, en efecto, la “instalación esencial” objeto de análisis es el activo intangible formado por los contratos que el Círculo Odontológico de Venado Tuerto ha celebrado con distintas obras sociales y empresas de seguros de salud. Esto hace que, para acceder a la atención de pacientes cubiertos por dichos seguros y obras sociales, sea imprescindible estar afiliado al círculo odontológico denunciado, so pena de tener que abandonar virtualmente el ejercicio de la odontología en la ciudad de Venado Tuerto. Que un odontólogo afiliado al Círculo no pueda atender pacientes de manera independiente, además, hace que dicha asociación tenga un poder de negociación muy grande en su relación con las obras sociales y otros administradores de fondos para la salud, que pueden no tener otro modo factible de proveer servicios odontológicos a sus afiliados de la ciudad de Venado Tuerto que no sea a través del Círculo Odontológico.

Los tres elementos que se conjugan en el caso (posición dominante del Círculo en el mercado de servicios odontológicos de Venado Tuerto, negativa de acceso a sus odontólogos para obras sociales y seguros de salud que no tengan contrato con el Círculo, y negativa de ingreso al Círculo a odontólogos que hayan optado en algún momento por desafiliarse para atender otros pacientes) son en esencia los que abonan la idea de que estamos ante una conducta anticompetitiva de tipo exclusorio, que busca impedir el desarrollo de opciones de atención odontológica por fuera del Círculo Odontológico de Venado Tuerto aun en situaciones en las cuales pueda ser eficiente hacerlo. Los instrumentos que la asociación denunciada parece haber utilizado para esto son justamente su “base de clientes cautivos” (las obras sociales y seguros de salud con los que tiene contratos) y su padrón de afiliados (que son la mayoría de los odontólogos de Venado Tuerto), que son los activos esenciales que se necesitan para participar en el mercado de prestación de servicios odontológicos (en el caso de los odontólogos) y en el mercado de provisión de cobertura odontológica (en el caso de las obras sociales y otras empresas de seguros de salud).

El fallo de la Corte Suprema de Justicia es unánime en el sentido de que impedir la reafiliación de profesionales que hubieran abandonado el Círculo Odontológico de Venado Tuerto para atender pacientes a través de otros sistemas de cobertura es una práctica anticompetitiva de carácter exclusorio, pero no lo es respecto de la ilegalidad de que el círculo en cuestión pueda exigirle a sus afiliados exclusividad. En este último punto, el fallo tuvo una disidencia por parte de los jueces Petracchi y Zaffaroni, quienes consideraron que dicho pedido de exclusividad era una conducta que no debía ser reputada como violatoria de la ley de defensa de la competencia. Los otros jueces de la CSJN, en cambio, consideraron que la exclusividad en cuestión también resultaba ilegal en este caso, y en

⁵ Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A.

⁶ Nótese que en este caso la norma aplicada fue la ley 22.262, derogada en el año 1999 y reemplazada por la actual ley de defensa de la competencia (ley 25.156). Todos los argumentos analizados, sin embargo, resultan también aplicables a la nueva norma, ya que la definición de práctica anticompetitiva que ambas leyes tienen es virtualmente idéntica para situaciones como ésta.

nuestra opinión adoptaron una posición más acertada que la de los jueces que disintieron. Esto se debe a que, si bien las restricciones de exclusividad no son en general anticompetitivas cuando propenden a especializar a un agente económico en una situación de competencia con otras entidades que también le imponen exclusividad a sus proveedores de servicios (como puede ser el caso de las concesionarias de automóviles que son exclusivas de una terminal automotriz, o las estaciones de servicio que son exclusivas de una compañía petrolera), en este caso particular la exclusividad operaba como una barrera para que los odontólogos pudieran proveer sus servicios de manera independiente y propiciaba una innecesaria concentración de la oferta de servicios odontológicos en manos del Círculo.

El lector podrá preguntarse por qué no considerar que lo que resulta ilegal es la mera celebración de contratos entre el Círculo Odontológico de Venado Tuerto y las diferentes obras sociales, o la creación por parte de dicho círculo de una empresa propia de cobertura odontológica prepaga (que también existía en este caso, y que ofrecía los servicios de todos los odontólogos afiliados al Círculo). La causa es que la existencia de dichos contratos y de dicha empresa de cobertura odontológica puede estar basada en consideraciones de eficiencia productiva y transaccional, que además les generen a los pacientes la ventaja de poder elegir entre todos los odontólogos afiliados al Círculo Odontológico de Venado Tuerto. No resulta por ello razonable prohibir la “integración vertical” del Círculo con una empresa de cobertura odontológica ni la celebración de contratos con obras sociales y otras entidades, pero ello no debería impedir que, cuando la alternativa sea mejor, los odontólogos afiliados al Círculo y las empresas de seguro de salud tengan la opción de contratar entre sí de manera independiente.

2. El caso del fútbol codificado

El caso “CNDC c/TRISA, TSC y otros” resulta por varios motivos uno de los más importantes de la jurisprudencia argentina de defensa de la competencia. Tuvo su origen en una investigación de oficio de la CNDC, basada en elementos de prueba que aparecieron en un caso anterior, y terminó en sede administrativa con una sanción de multa y una orden de cese que implicó a las dos empresas titulares de los derechos de televisación de los partidos de fútbol del campeonato argentino de primera división (TRISA y TSC) y a los tres operadores de servicios de televisión por cable que en su momento existían en la ciudad de Buenos Aires (Multicanal, Cablevisión y VCC)⁷. La resolución del Secretario de la Competencia que cerró este caso fue sin embargo apelada ante la Cámara Nacional Penal Económica, y esta última revocó dicha resolución considerando que las conductas bajo análisis no resultaban objetables como posibles violaciones de la ley de defensa de la competencia⁸. En un hecho inédito hasta ese momento, el Ministerio de Economía, del cual dependían la CNDC y la Secretaría de la Competencia, elevó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la misma desestimó.

En un artículo anterior, dedicado exclusivamente a este caso⁹, dijimos que en el análisis del mismo contrastaron dos visiones opuestas respecto de lo que estaba pasando en el mercado. Por un lado, la CNDC consideró que los titulares de los derechos de

⁷ Resolución 28/2002 del Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

⁸ Cámara Nacional Penal Económica, Sala B, 29/08/2003.

⁹ Coloma, Germán: “¿Integración vertical o cartelización?: El caso del fútbol codificado”; *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro 208, pp 1032-1047, 2004.

transmisión del fútbol argentino habían generado una restricción a la competencia entre los operadores de televisión por cable para que éstos ofrecieran de manera idéntica la televisación de un grupo de partidos del campeonato de primera división a través del denominado “sistema codificado”, y que cobraran por ello la misma suma de dinero a sus abonados. De este modo se lograba una cartelización implícita “aguas abajo”, que generaba una renta monopólica de la cual el grupo proveedor de los derechos de transmisión se apropiaba a través del monto que les cobraba a los operadores de televisión por cable por cederles los derechos de transmisión.

La CNPE, en cambio, vio el caso como una situación de integración vertical parcial entre proveedores de programas y operadores de televisión por cable, y se concentró en analizar si la restricción surgida de los contratos entre TRISA, TSC, Multicanal, Cablevisión y VCC podía tener un efecto exclusorio sobre otros actores del mercado. Como llegó a la conclusión de que eso no se producía, ya que los otros proveedores de programas televisivos futbolísticos no se veían afectados adversamente por ese contrato, y tampoco lo estaban los competidores de los operadores de televisión por cable involucrados, resolvió entonces revocar la resolución del Secretario de la Competencia, y considerar que no correspondía multa ni orden de cese alguna de una conducta anticompetitiva.

El fallo de la CSJN que cerró el caso no agregó demasiado al debate suscitado entre la CNDC y la CNPE respecto del argumento económico central pertinente en esta situación. Basándose en un informe del procurador fiscal, lo que la Corte Suprema consideró fue que el recurso presentado por el Ministerio de Economía era inadmisibile, puesto que la cámara de apelaciones, si bien había utilizado un criterio diferente para analizar la cuestión, no había dictado una sentencia arbitraria, y que la revocación de la resolución original se había basado esencialmente en una lectura distinta de la prueba existente.

En nuestro artículo anterior sobre el caso del fútbol codificado, escrito después del fallo de la CNPE pero antes del de la CSJN, dijimos que nos parecía más correcto el criterio original de la CNDC de considerar que estábamos ante una conducta anticompetitiva que el del fallo de cámara que entendió que se trataba de una práctica vertical de carácter lícito. En ese momento nos pareció también que la revocación de la resolución original se había originado en alguna medida por la forma en la cual la CNDC había encuadrado el caso, haciendo hincapié en la restricción vertical impuesta por los titulares de los derechos de transmisión de los partidos de fútbol y no tanto en el hecho de que la misma implicaba una conducta de colusión entre los operadores de la televisión por cable, que inclusive podía reputarse como un cartel explícito (ya que las tres empresas habían firmado el contrato de manera simultánea). En ese sentido, entendemos, contribuyó el hecho de que la CNDC consideró a TRISA y TSC como responsables principales de la conducta, y a Multicanal, Cablevisión y VCC como “partícipes secundarios”, cuando otra interpretación posible de los hechos era que los tres operadores de televisión por cable estaban coludiendo entre sí, y que TRISA y TSC estaban actuando como “policías del cartel”.

Otro punto en el cual la CNDC y la CNPE disintieron fue en la definición del mercado relevante del producto. Para la CNDC dicho mercado estaba constituido por los derechos de transmisión en directo de los partidos del campeonato argentino de fútbol de primera división, y era en consecuencia un monopolio del grupo TRISA-TSC. Para la CNPE, en cambio, el mercado relevante involucraba todos los programas televisivos de fútbol, tanto los que pasaban fútbol argentino como extranjero, en directo o en diferido.

Con esta definición, el grupo TRISA-TSC distaba de ser monopolista, y su conducta no parecía tener ningún efecto anticompetitivo respecto de otros competidores (es decir, de los otros proveedores de programas dedicados al fútbol dentro de la televisión argentina).

En nuestro artículo del año 2004 escribimos que no nos parecía razonable el argumento por el cual la CNPE había modificado la definición de mercado relevante adoptada por la CNDC, y que esta última estaba justificada por elementos mucho más sólidos que los que había esgrimido la CNPE en su fallo revocatorio. La CSJN no se detiene a analizar este punto, por considerar que se trata de una cuestión de hecho y prueba sobre el cual no corresponde que la Corte se expida. Puede decirse, sin embargo, que, al no haber expuesto la CNPE argumentos suficientes para modificar la definición de mercado relevante llevada a cabo por la CNDC, podría en este caso argüirse que dicha modificación tuvo un carácter arbitrario, y que gracias a ella la Cámara dio vuelta la resolución del Secretario de la Competencia. En tal caso la CSJN podría, a nuestro entender, haber revocado el fallo de la CNPE, entendiendo que el análisis llevado a cabo por este último organismo se basaba en supuestos falsos respecto de la aplicación del derecho vigente.

Tal como quedó planteado el caso del fútbol codificado en la sentencia de la CNPE, el mismo puede verse como una aplicación más general del principio enunciado por nosotros en nuestro artículo del año 2007, en el sentido de que las restricciones verticales entre productores y distribuidores (no sólo las de exclusividad, sino también las de fijación de precios de reventa) son en principio legales y no anticompetitivas. Esto, sin embargo, surge porque el planteo de la Cámara evita referirse al efecto de cartelización horizontal que la conducta objetada genera en este caso (el que se produce entre los operadores de televisión por cable), y porque la CSJN también opta por no considerar dicho planteo cuando entiende que la forma de analizar el tema por parte de la CNPE no resultó arbitraria. Otro habría sido el resultado, entendemos, si el caso se hubiera planteado desde el principio como el análisis de una conducta que servía para sostener el funcionamiento de un cartel explícito, del cual TRISA y TSC extraían a su vez una renta que remuneraba su posición monopólica como proveedor.

3. El caso de los vales alimentarios

Este caso puede ser considerado como poco importante dentro de la jurisprudencia argentina de defensa de la competencia, pero tiene algunas particularidades que lo vuelven interesante. Se trata de un procedimiento en el cual la CNDC aconsejó desestimar una denuncia de la Cámara Argentina de Distribuidores y Autoservicios Mayoristas (CADAM) contra la empresa de vales alimentarios Luncheon Tickets, el Secretario de la Competencia resolvió en el mismo sentido¹⁰, y la Cámara Nacional Penal Económica confirmó dicha desestimación. El caso tuvo un giro inesperado en cierto momento, ya que en un principio la apelación se dirigió a la Cámara Federal Civil y Comercial, y ésta interpretó que era incompetente para entender en él y que el caso debía ser analizado por la CNPE¹¹. Esto puede verse como un cambio significativo en los procedimientos de apelación de los casos de defensa de la competencia que se litigan en la ciudad de Buenos Aires, los cuales, después de casi veinte años de ser tratados por la CNPE, habían pasado desde el año 2001 a la órbita de la CFCC.

El caso de los vales alimentarios se inició ante la CNDC con una denuncia por un

¹⁰ Resolución 14/2003 del Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

¹¹ Cámara Federal Civil y Comercial, Sala II, 21/12/2006.

aumento en las comisiones que Luncheon Tickets les cobra a los distribuidores y autoservicios mayoristas cuando éstos canjean sus vales. Los vales alimentarios son utilizados por numerosas compañías para remunerar parcialmente a sus empleados, y éstos los usan en distintos comercios minoristas para adquirir alimentos. Tales comercios minoristas tienen la opción de canjear los vales por dinero ante la empresa emisora de tales vales (en este caso, Luncheon Tickets), o bien pueden utilizarlos para pagar las compras de sus propios insumos en los distribuidores y autoservicios mayoristas (que son los que luego canjean los vales).

Para aconsejar la desestimación de esta denuncia, la CNDC tuvo en cuenta varios elementos. Por un lado consideró que la misma se refería a una práctica vertical que no tenía ningún efecto directo sobre los usuarios finales del servicio de vales alimentarios (es decir, sobre las compañías que utilizan los vales para remunerar a sus empleados, ni sobre dichos empleados cuando ellos usan los vales para pagar sus compras de alimentos). Tampoco parecía existir ningún efecto sobre los comercios minoristas que reciben los vales, que siguieron teniendo la opción de canjearlos de manera directa ante Luncheon Tickets.

CADAM aparentemente esgrimió también el argumento de que el incremento de las comisiones hacia sus asociados resultaba discriminatorio, dado que el mismo no se había generalizado hacia las cadenas de supermercados minoristas, que son otro grupo importante de proveedores de los tenedores de vales alimentarios y que en general canjean dichos vales de manera directa. Este punto, sin embargo, no parece representar ningún tipo de restricción a la competencia en este caso, ya que se trata simplemente de un cambio en la modalidad de comercializar el producto de Luncheon Tickets que no altera la forma en la cual el mismo llega a los usuarios finales. De hecho, los supermercados minoristas no compiten con los distribuidores mayoristas por la captación de los vales, ni tampoco lo hacen en ningún mercado secundario de reventa de los mismos. Además, Luncheon Tickets podría haber optado por no canjear vales alimentarios a los distribuidores mayoristas sino trabajar únicamente con los comercios minoristas, y el sistema habría seguido operando del mismo modo.

Una posibilidad adicional, que la CNDC también parece haber considerado, es que Luncheon Tickets estuviera incurriendo en un abuso de su posición dominante en el mercado de vales alimentarios. Tal hipótesis también fue rápidamente descartada, en virtud de que en la Argentina existen varias otras empresas que emiten vales alimentarios, y las mismas tienen participaciones de mercado relevantes que anulan la posibilidad de considerar que Luncheon Tickets tenga una posición dominante y, por lo tanto, que esté abusando de ella.

En su sentencia confirmatoria de la resolución del Secretario de la Competencia, la CNPE hace suyos todos estos argumentos del dictamen de la CNDC. Interpretados desde el punto de vista de las predicciones de nuestro trabajo del año 2007, la misma puede verse como una confirmación de la idea de que las prácticas verticales que no afectan de manera directa a los usuarios finales de los productos no son violatorias de la ley de defensa de la competencia, máxime si las mismas tienen lugar en mercados en los que existe competencia y son realizadas de manera individual por una empresa que no tiene posición dominante en el mercado en cuestión.

4. El caso del GLP en la ciudad de Posadas

Este caso se refiere a un supuesto reparto de clientes en el mercado de gas licuado

de petróleo (GLP) de la ciudad de Posadas (Misiones) entre las empresas Shell Gas y Totalgaz. El mismo se inició a través de una denuncia de un revendedor de dicho producto (Julio César Mayol), quien manifestó haber sido objeto de una negativa de venta por parte de los distribuidores locales de las empresas Shell Gas y Totalgaz, que son dos de los principales proveedores de gas licuado en la ciudad de Posadas. Después de analizar el caso, la CNDC llegó a la conclusión de que las negativas de venta denunciadas se originaban en un reparto de clientes por parte de Shell Gas y Totalgaz, y que dicho reparto representaba una conducta anticompetitiva de carácter colusivo que generaba un perjuicio al interés económico general en el mercado de GLP bajo análisis. En sede administrativa el procedimiento concluyó con una resolución del Secretario de Comercio Interior, que le impuso a Shell Gas y Totalgaz multas de \$250.000 a cada una¹².

La resolución en cuestión fue apelada por las partes denunciadas ante la Cámara Federal de Posadas, y ésta revocó totalmente la decisión del Secretario de Comercio Interior, entendiendo que en el caso en cuestión no se había acreditado la comisión de ninguna conducta violatoria de la ley argentina de defensa de la competencia. En nuestra opinión, dicha revocación fue una medida acertada, por varios aspectos que a continuación mencionaremos.

El concepto de reparto de clientes como práctica colusiva y, por lo tanto, violatoria de la ley de defensa de la competencia, tiene implícita la idea de que son los clientes finales de cierto producto los que se ven afectados por ese reparto. Lo que está detrás, por lo tanto, es un acuerdo por el cual dos o más competidores intentan transformar un mercado en el que existe cierto grado de competencia en un conjunto de mercados separados en los cuales cada uno de ellos pasa a ostentar una posición monopólica. No es por lo tanto lo mismo un reparto de clientes que afecta a los que finalmente deben elegir entre los productos que compiten entre sí (en este caso, los consumidores de GLP) que un reparto que tiene lugar a nivel de distribuidores de los productos, que luego compiten entre sí por la provisión de los bienes a los consumidores finales.

Lo expuesto en el párrafo anterior es algo que la jurisprudencia argentina de defensa de la competencia ha reconocido en múltiples casos, por lo menos desde el año 1983, cuando la CNPE revocó la resolución del Secretario de Comercio correspondiente al caso “CNDC c/Acfor e Igarreta”¹³. De allí en adelante el tema ha aparecido en diferentes situaciones, que afectaban mercados como los de gaseosas, cigarrillos, automóviles, pasajes aéreos y películas cinematográficas. En este caso, a nuestro entender, queda claro que la negativa de venta de Shell Gas y Totalgaz, llevada a cabo a través de sus distribuidores de la ciudad de Posadas, se refiere a un revendedor minorista del producto que se encuentra en competencia con otros revendedores y también con los propios distribuidores que le proveen el producto, y no afecta de manera alguna al mercado de consumo final de GLP. Llama también la atención que el supuesto reparto de clientes sólo haya tenido lugar entre Shell Gas y Totalgaz, cuando en la ciudad de Posadas operan por lo menos otras cuatro empresas fraccionadoras de gas licuado, entre las cuales se encuentra YPF Gas (que es la principal compañía en ese sector a nivel nacional).

El confundir un reparto horizontal de mercados con una práctica vertical de exclusividad, en mercados en los cuales los proveedores compiten entre sí a través de cadenas de distribución parcialmente integradas, es un error común en la jurisprudencia

¹² Resolución 32/2006 del Secretario de Comercio Interior.

¹³ Cámara Nacional Penal Económica, Sala 1, 27/12/1983.

antitrust en todo el mundo, en especial en los primeros años de aplicación de las normas de defensa de la competencia. Llama sin embargo la atención que, en pleno siglo XXI, sea la CNDC quien lo cometa, cuando en la Argentina existe una jurisprudencia establecida sobre el tema. También resulta extraño que, aun encuadrando la práctica como un caso horizontal de colusión, el Secretario de Comercio Interior haya dispuesto la aplicación de una multa teniendo tan pocas pruebas acerca de la existencia en sí de un acuerdo entre Shell Gas y Totalgaz para repartirse los clientes. Quizás sea por eso que el monto de la multa establecida originalmente fue relativamente reducido, en virtud de los escasos elementos con los que se contaban para sancionar.

Si queremos interpretar las decisiones de la CNDC y de la Cámara Federal de Posadas a la luz de la lógica económica subyacente bajo la normativa argentina de defensa de la competencia, podríamos decir que la CNDC creyó que se hallaba ante un cartel explícito, y consideró por ende que la conducta era anticompetitiva y que sin duda generaba un perjuicio al interés económico general. No tuvo por lo tanto en cuenta que lo que se estaba produciendo era una práctica estrictamente vertical que no afectaba la competencia aguas abajo, y que por ende no era anticompetitiva ni ilegal ni le generaba ningún perjuicio al interés económico general que la ley antitrust argentina busca proteger.

5. El caso del cartel del cemento

El caso “CNDC c/Loma Negra y otros” es, por el monto de las multas impuestas a las empresas implicadas en él, el de mayor significación económica en la historia de la jurisprudencia antitrust argentina. En efecto, la suma total impuesta por la resolución del Secretario de Coordinación Técnica en concepto de multas a las seis entidades denunciadas en el caso fue de \$309.729.289¹⁴, y sólo se redujo en un 0,4% (a \$308.429.289) luego de la intervención de la Cámara Nacional Penal Económica¹⁵.

El procedimiento al que fueron sometidas las empresas cementeras denunciadas en este caso (Loma Negra, Juan Minetti, Cementos Avellaneda, Cementos San Martín y Petroquímica Comodoro Rivadavia) se desarrolló durante un período de tiempo muy largo. Comenzó como una investigación de oficio en agosto de 1999, y concluyó con una resolución en sede administrativa en el mes de julio de 2005, la cual fue apelada por las partes denunciadas y confirmada por la CNPE en agosto de 2008. Esta decisión probablemente tampoco sea la conclusión de todo el caso, ya que entendemos que la sentencia de la cámara ha sido apelada ante la CSJN. Por haberse iniciado el caso antes de la sanción de la actual ley de defensa de la competencia, el mismo se analizó utilizando la ley anteriormente vigente (ley 22.262, de 1980). Fue quizás por eso que el período estudiado en el caso coincidió con el de vigencia de dicha ley (1981-1999), si bien se interpretó que las conductas objetadas venían produciéndose desde antes de 1981 y siguieron teniendo lugar después de 1999.

El caso comenzó como consecuencia de la publicación de un artículo periodístico en el que se denunciaban una serie de hechos relacionados con acuerdos de precios y cuotas y

¹⁴ Resolución 124/2005 del Secretario de Coordinación Técnica.

¹⁵ Téngase en cuenta, a título de ejemplo, que el único caso, además de éste, en el que se fijó una multa superior a \$100 millones fue “CNDC c/YPF” (en el cual sólo resultó multada una empresa, por \$109 millones). En el caso del cartel del cemento, en cambio, tanto Loma Negra como Juan Minetti terminaron multadas por sumas que superaron los \$100 millones, y el monto total, como ya se ha dicho, superó los \$300 millones.

repartos de mercados en el sector cementero argentino, respecto de los cuales existían ciertas pruebas documentales aportadas por una persona que aparentemente había trabajado en una de las empresas cementeras involucradas. La autenticidad de esas pruebas fue puesta en duda a lo largo del proceso sustanciado ante la CNDC, pero dicho organismo llevó a cabo una investigación bastante puntillosa tendiente a corroborar o desacreditar los hechos que aparecían mencionados en tales documentos. La investigación también giró hacia el papel que la Asociación de Fabricantes de Cemento Pórtland (AFCP) tenía en el mercado, en especial como vehículo de intercambio de información competitivamente sensible entre las empresas cementeras. En particular, lo que la CNDC analizó y objetó fue la información acerca de las cantidades producidas y vendidas por cada empresa en cada región del país que la AFCP producía y distribuía entre las empresas cementeras, la cual era particularmente detallada y podía servir tanto para facilitar la colusión tácita entre las firmas como para monitorear el cumplimiento de pactos explícitos entre ellas.

Analizado en su generalidad, el caso del cartel del cemento puede verse como una aplicación de la doctrina antitrust del “paralelismo plus”. En efecto, si bien el mismo comenzó como un caso de colusión abierta cuyas pruebas principales eran documentos que supuestamente probaban la existencia de un cartel, su resolución en sede administrativa se basó más en la prueba de una serie de paralelismos de conducta (referidos al mantenimiento de cuotas de mercado a nivel global y a la coordinación de ciertos precios en algunas ciudades en ciertos momentos del tiempo), a los que se sumaba la prueba de que la AFCP, que nuclea a todas las empresas cementeras argentinas, manejaba un sistema de información que servía para sostener un comportamiento colusivo a lo largo del tiempo.

La apreciación de si los hechos probados en la causa son o no suficientes como para dar por acreditada una conducta de cartelización puede ser motivo de controversia. De cualquier modo, lo que parece haber sido probado de manera bastante concluyente es el hecho de que la conducta de las empresas involucradas, a través del sistema de información de la AFCP, generaba un mecanismo que facilitaba la colusión, y que dicho mecanismo podía tener una relación directa con el comportamiento de un mercado en el cual las participaciones a nivel global se mantuvieron en el tiempo¹⁶. En tal sentido, la CNPE le dio también la razón a la CNDC, considerando que su investigación se había llevado a cabo de manera adecuada.

Un punto que nos sorprendió en el momento en el cual se dictó la resolución administrativa, y que fue confirmado por la cámara de apelaciones, fue el método utilizado para calcular el monto de las multas a aplicar. Esto se debe a que la ley 22.262 establecía una multa máxima de solamente \$529.289, y sólo podía superarse este nivel si la multa se calculaba en base al beneficio ilícito obtenido por las empresas denunciadas. Hasta la resolución que cerró este caso en el año 2005, este límite superior se había superado solamente en casos en los cuales había sido posible efectuar una medición objetiva del beneficio ilícito obtenido (por ejemplo, casos en los cuales existían parámetros que permitían estimar cuál hubiera sido el precio de mercado en ausencia de la conducta objetada), y en el resto de los casos (la mayoría) se había optado por fijar multas menores o iguales al límite máximo. En este caso, en cambio, la CNDC optó por estimar el beneficio

¹⁶ Dicho mantenimiento, sin embargo, no fue tan evidente si se analizan las participaciones a nivel local, en especial en las ciudades que se encuentran en puntos más o menos equidistantes entre las plantas cementeras de dos o más compañías importantes. Tampoco se verificó de manera concluyente en lo que se refiere a los precios, que a lo largo del período investigado se movieron de manera diferenciada entre las empresas, tanto en lo que hace a sus niveles absolutos como a sus variaciones relativas.

ilícito obtenido de manera más subjetiva (como el 1% del total de las ventas de cada empresa cementera durante el período 1981-1999), y en base a dicho cálculo determinó una multa que, en el caso de Loma Negra, fue 262 veces superior al límite máximo establecido por la ley 22.262. Este nos parece el punto más objetable del caso, máxime teniendo en cuenta que la prueba de la colusión que se utilizó tuvo un carácter indirecto.

Al analizar el tema del monto de las multas, sin embargo, la CNPE se dio por satisfecha con la metodología utilizada por la CNDC, puesto que consideró razonable la idea de que el beneficio ilícito obtenido se estimara como el 1% del total de las ventas de cemento durante el período analizado. Esto, nos parece, va a ser el tema que más se analizará en una futura sentencia respecto de este caso, y se convertirá quizás en algo a tener en cuenta en futuros casos en los cuales las multas se basen en el concepto de beneficio ilícito obtenido¹⁷.

En lo que hace al análisis de los principios económicos que jugaron en la decisión de sancionar a las empresas cementeras en este caso, surge como argumento principal la idea de que un cartel explícito es anticompetitivo, y que casi por definición afecta el interés económico general a través de precios más altos y cantidades menores que las que se verificarían en una situación sin colusión. En lo que se refiere a cuántas son las pruebas necesarias para considerar como acreditada la existencia del cartel, la conclusión parece ser que, si bien el simple paralelismo de conductas no es suficiente, el mismo, sumado a otras evidencias indirectas como la existencia de un sistema de intercambio de información difícilmente justificable por argumentos de eficiencia, puede perfectamente ser la base para fundamentar una sanción por cartelización.

6. Conclusiones

Los cinco casos de apelación por aplicación de las leyes argentinas de defensa de la competencia analizados en el presente trabajo, decididos por la Cámara Nacional Penal Económica, la Cámara Federal de la ciudad de Posadas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pueden servir como ejemplos para ver cómo los tribunales de alzada analizan en nuestro país los casos estudiados en primera instancia por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Una conclusión que podemos extraer de ellos es que los principios básicos de aplicación de la ley antitrust argentina que habíamos deducido en un trabajo anterior (y que se basaban en un número mucho mayor de casos a lo largo de un período de tiempo más extenso, pero que en casi todas las situaciones se referían a jurisprudencia de la propia CNDC) se ven en general confirmados en la resolución de estas apelaciones. En efecto, cuando los tribunales han visto un caso de cartelización explícita lo han sancionado, y no han esgrimido argumentos respecto de que el interés económico general podía no haberse visto afectado (en ese punto, el caso más ilustrativo es sin duda el del cartel del cemento). También, en cierto modo, han respetado el principio de que el paralelismo consciente no es suficiente para probar la existencia de un cartel, tanto en la situación en el cual se entendió que el supuesto cartel no era tal (el caso del GLP en Posadas) como en la que se interpretó

¹⁷ Probablemente, sin embargo, el tema del beneficio ilícito obtenido deje en próximos casos de ser tan crucial como elemento para determinar multas. Esto se debe a que la actual ley de defensa de la competencia establece otros mecanismos alternativos para calcular las multas (basados en el monto de ventas y en los activos de las empresas involucradas), junto con un límite superior que es considerablemente más elevado (\$150 millones) que el que tenía la ley 22.262.

que sí había colusión explícita (y se ponderó tanto el paralelismo de conductas como otros elementos adicionales que se habían tenido en cuenta en el caso).

La idea de que la negativa de acceso de competidores a una instalación esencial es ilegal también aparece en uno de los casos analizados (el del Círculo Odontológico de Venado Tuerto), y lo hace justamente en una de las dos sentencias que llegaron hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cabe resaltar que en este caso el fallo refuerza una línea jurisprudencial que la CNDC mantiene desde 1982 (y que las cámaras federales del interior del país adoptaron con intermitencias a lo largo del tiempo), por la cual se considera que las conductas exclusorias de las asociaciones que nuclean a prestadores de servicios de salud son anticompetitivas en aquellos casos en los cuales dichas asociaciones tienen una posición dominante.

En lo que se refiere al principio de legalidad de las prácticas verticales, el mismo aparece con fuerza en tres casos de los cinco bajo análisis, si bien lo hace con diferentes matices. El caso menos controvertido es el que se refiere a los vales alimentarios, en el cual se reconoce el derecho de una empresa que compite contra otras de organizar el procedimiento de canje de dichos vales de la manera que le resulte más conveniente, teniendo en cuenta que el tema en cuestión no afecta a los usuarios finales del servicio que la empresa provee. Más interesante es el caso del GLP en Posadas, en el cual un tema que afecta el reparto de excedentes dentro de la cadena de distribución había sido considerado (de manera errónea, a nuestro entender) como un caso de colusión de tipo horizontal. Al revocar la resolución administrativa, dictada en su momento con opinión favorable de la CNDC, la Cámara Federal de Posadas parece haber hecho una contribución para poner las cosas en su lugar, por lo menos en lo que hace a la lógica vigente dentro del derecho antitrust argentino de separar los efectos puramente verticales de una conducta de aquellos que pueden afectar el interés económico general.

Donde en nuestra opinión la cámara de apelaciones fue demasiado lejos en su defensa de la legalidad de las prácticas verticales, y la CSJN optó por no modificar tal criterio, fue en el caso del fútbol codificado, en el cual se hallaba perfectamente probada la existencia de un acuerdo de fijación de precios mínimos de reventa que involucraba al proveedor monopólico de cierto tipo de programas televisivos y a los únicos tres oferentes del servicio de televisión por cable de la ciudad de Buenos Aires. En ese caso se consideró que dicha fijación vertical de precios no era anticompetitiva, básicamente porque no afectaba a los competidores de ninguna de las empresas involucradas. No se tuvo en cuenta, sin embargo, que el acuerdo servía para limitar la competencia entre los operadores de televisión por cable y permitía que el proveedor de los programas se apropiara de la renta monopólica que se generaba de ese modo.

Buenos Aires, septiembre de 2008.