

Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia

por Germán Coloma (Universidad del CEMA)

Las prácticas exclusorias son conductas que implican intentos de excluir competidores para lograr un incremento o una mayor posibilidad de ejercer el poder de mercado, y pueden llevarse a cabo de diversas maneras. En este trabajo nos abocaremos al estudio de las normas y casos de defensa de la competencia referidos a prácticas exclusorias de naturaleza estrictamente horizontal, es decir, prácticas que sólo involucran a empresas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de producción y distribución¹.

Los dos tipos principales de prácticas horizontales exclusorias tienen que ver con la obstaculización del acceso al mercado de competidores potenciales y con la depredación de competidores existentes. Los instrumentos que pueden utilizarse para llevarlas a cabo son variados, y van desde la monopolización de instalaciones esenciales para proveer un bien o servicio hasta la venta por debajo del costo. La primera sección de este trabajo se referirá a las principales teorías elaboradas sobre este tipo de conductas, en tanto que las secciones posteriores analizarán su aplicación en casos concretos ocurridos en Estados Unidos, Europa y América Latina.

1. Conceptos básicos

1.1. Monopolización y obstaculización del acceso al mercado

Los argumentos utilizados por la jurisprudencia estadounidense sobre defensa de la competencia para sancionar las prácticas horizontales exclusorias provienen en su mayoría de la interpretación del artículo 2 de la ley Sherman (1890), que prohíbe las conductas que implican “monopolizar, o intentar monopolizar, o combinar o conspirar con otras personas para monopolizar el comercio”. La idea de que lo que la legislación antitrust combate no es el monopolio en sí sino la monopolización (o el intento de monopolizar) ha hecho que los tribunales norteamericanos tiendan a interpretar la prohibición contenida en la ley Sherman como abarcativa de aquellos actos por los cuales ciertas empresas que poseen algún poder monopólico (sea éste individual o conjunto) lleven a cabo conductas destinadas a evitar que otros competidores le limiten dicho poder, y traten por lo tanto de excluir a tales competidores del mercado.

Esta idea respecto del artículo 2 de la ley Sherman fue explícitamente enunciada por la Corte Suprema norteamericana en el caso “EEUU c/ Grinnell” (1966), al señalar que los dos elementos del delito de monopolización eran “la posesión de poder monopólico en el mercado relevante” y “la adquisición o mantenimiento intencional de dicho poder, como algo distinto del crecimiento o desarrollo de la empresa a consecuencia de tener un producto superior o una mayor capacidad empresarial, o haber aprovechado un accidente histórico”. Una definición parecida, aunque no tan clara, es la que sirve de base a la jurisprudencia europea sobre el tema, y aparece en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el caso “Comisión Europea c/ Hoffmann-La Roche” (1979). En ella se define al abuso de posición dominante de tipo exclusorio como una situación en la cual “la presencia de la empresa en cuestión (la que tiene

¹ Para un estudio de las prácticas exclusorias de tipo vertical, véase Coloma (1998).

posición dominante) reduce el grado de competencia” existente en el mercado, y se da además que dicha empresa “recurre a métodos distintos de los que caracterizan a la competencia normal” y eso “tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o el crecimiento de dicha competencia”.

El artículo 2 de la ley Sherman incluye como posibilidad que la exclusión de competidores se produzca a través de una “conspiración para monopolizar” entre varias empresas que operan en el mercado. Algunos autores han señalado que dicha prohibición es redundante, ya que el artículo 1 de la misma ley penaliza las “conspiraciones que restringen el comercio”, y dentro de esa categoría también pueden incluirse aquellas destinadas a excluir competidores². En la ley argentina de defensa de la competencia (ley 25.156, de 1999) existe una redundancia similar aunque inversa. Como, por un lado, el artículo 1 de dicha ley prohíbe las prácticas que restringen la competencia (sean éstas unilaterales o concertadas) y, por otro, hace lo propio con los abusos de posición dominante, entonces muchas prácticas horizontales exclusorias de tipo unilateral pueden interpretarse como restricciones a la competencia y también como abusos de posición dominante³.

Ninguna de las dos redundancias señaladas aparece en cambio en la legislación comunitaria europea, ya que el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea se refiere exclusivamente a conductas concertadas y el artículo 82 se refiere a conductas unilaterales. En esta última línea entra también la legislación española (ley 16/1989), que prohíbe las concertaciones anticompetitivas en su artículo 1 y los abusos de posición dominante en su artículo 6. Tampoco hay redundancia en este tema en la ley federal de competencia económica de México (1993), porque dicha ley sólo define un tipo general de conducta punible. Esta es la que aparece en el artículo 8, el cual simplemente prohíbe las “prácticas que ... disminuyan, dañen o impidan la competencia” (sean éstas unilaterales o concertadas, explotativas o exclusorias)⁴. La ley brasileña, en cambio, define cuatro tipos de conducta anticompetitiva, entre los cuales abundan las posibles yuxtaposiciones. Tales tipos de conducta son limitar la competencia, dominar el mercado relevante, aumentar arbitrariamente los beneficios y ejercer de forma abusiva una posición dominante (ley 8884 de 1994, artículo 20, incisos I a IV).

Una práctica exclusoria particular que ha merecido el interés de la doctrina jurídica tiene que ver con casos en los cuales la exclusión de competidores se efectúa a través de la adquisición o posesión de algún activo esencial para la provisión de un bien o servicio y de la negativa a otorgarle el acceso a dicho activo a los competidores. El análisis de este tipo de casos es el objeto de la denominada “doctrina de las instalaciones esenciales” (*essential facilities doctrine*). La misma sostiene que, en ciertas circunstancias, el instrumento para excluir competidores consiste en poseer un activo que resulta indispensable para poder acceder al mercado, que hace que sólo aquél o aquéllos que lo poseen puedan ofrecer de manera efectiva el bien o servicio en cuestión.

Para que resulte aplicable la doctrina de las instalaciones esenciales en casos de

² Al respecto, véase Posner (1976), capítulo 9.

³ Esto ha sido señalado ya por Cabanellas (1983) en relación a la ley de defensa de la competencia anteriormente vigente en la Argentina (ley 22.162, de 1980).

⁴ En rigor, el artículo en cuestión también prohíbe “los monopolios y estancos”, pero dicha prohibición no resulta operativa, ya que la ley no brinda definiciones adicionales al respecto ni ejemplifica el tema con ninguna conducta concreta. La frase fue tomada directamente de una provisión que aparece en la constitución mexicana.

monopolización, la justicia estadounidense ha requerido el cumplimiento de cuatro requisitos:

- 1) control de una instalación esencial por parte de un monopolista;
- 2) incapacidad del competidor de duplicar razonablemente la instalación esencial;
- 3) negativa de uso de la instalación al competidor por parte del monopolista;
- 4) factibilidad de que el monopolista pueda facilitarle la instalación al competidor⁵.

En su artículo sobre la doctrina de las instalaciones esenciales, Lipsky y Sidak (1999) sostienen que este concepto resulta aplicable solamente para casos en los cuales el activo involucrado tiene las características económicas de un monopolio natural, y que su aplicación sólo resulta efectiva en casos en los cuales la instalación en cuestión es compartida por varios competidores, tiene capacidad excedente, y los ingresantes al mercado solicitan el acceso en las mismas condiciones que las empresas ya establecidas. Este hecho los lleva a concluir que, en la generalidad de los casos, las resoluciones judiciales que obligan a que las empresas que monopolizan una instalación esencial le den acceso a la misma a sus competidores terminan resultando ineficaces, ya que los monopolistas siguen conservando su poder de mercado al momento de definir las condiciones de acceso. Esta idea se relaciona con una incapacidad inherente al derecho de defensa de la competencia para resolver problemas de monopolio natural, que hace que en muchos casos en los cuales dichos problemas aparecen la única alternativa válida de intervención sea la regulación directa (en el estilo de lo que sucede, por ejemplo, en la mayoría de los servicios públicos que se proveen a través de redes).

Una concepción económica más abarcativa del tema de las prácticas exclusorias y de su impacto sobre la competencia es la teoría del incremento de costos de los rivales (*raising rivals' costs*). Esta teoría, propuesta originalmente por Salop y Scheffman (1983), sostiene que la mayoría de las prácticas exclusorias puede interpretarse como un intento por parte de una empresa de incrementar los costos de sus competidores. Los casos más citados al respecto tienen que ver con maniobras para subir el precio de los insumos utilizados por los competidores, como ser acuerdos con los sindicatos de trabajadores para incrementar los salarios, estrategias de compras excesivas de materias primas para elevar su precio de mercado, y negativas a posibilitar el uso de instalaciones esenciales (o fijación de precios excesivos por dicho uso) para incrementar el costo de los otras empresas que necesitan acceder a las mismas.

Los argumentos basados en el concepto de incremento de los costos de los rivales sirven tanto para explicar prácticas horizontales como prácticas verticales destinadas a excluir competidores, así como también ciertas fusiones y adquisiciones. El razonamiento de este tipo de teorías va inclusive más allá del análisis de las prácticas propiamente exclusorias, ya que en muchos casos incrementar los costos de los rivales puede ser rentable aunque dichos rivales permanezcan en el mercado. Esto sucede, por ejemplo, cuando la respuesta esperada de los competidores a los que les aumentan los costos es reducir su oferta o incrementar sus precios, y dicha reacción puede ser aprovechada por la empresa responsable de la práctica (que logra incrementar sus beneficios aumentando su participación de mercado o sus propios precios).

Una conducta en cierto modo simétrica a la de incremento de los costos es la de reducción de los ingresos de los rivales (*reducing rivals' revenue*), categoría en el cual

⁵ Estas condiciones fueron enunciadas en la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones correspondiente al caso "MCI c/ AT&T" (1983).

pueden incluirse los precios predatorios y otras estrategias tales como la publicidad destructiva o la introducción de incompatibilidades entre determinados productos y otros productos provistos por competidores. La idea es que con este tipo de estrategias una empresa o grupo de empresas intenta desplazar hacia abajo la curva de demanda de sus competidores, del mismo modo que con una estrategia de incremento de costos de los rivales lo que se intenta es desplazar hacia arriba la curva de costos⁶.

1.2. Depredación y ventas por debajo del costo

Tal como hemos expuesto en un trabajo anterior⁷, los precios predatorios son precios por debajo de los costos de provisión de un bien que una empresa cobra con el objetivo de lograr que sus competidores abandonen el mercado. En su caracterización como una práctica de tipo exclusorio estos precios han sido objeto de distintas opiniones, que van desde posiciones según las cuales su existencia es imposible o indistinguible de las estrategias competitivas de fijación de precios hasta otras según las cuales cualquier precio por debajo del costo medio de provisión de un bien debería ser considerado como posiblemente anticompetitivo⁸. En estas discusiones suelen plantearse conjuntamente dos temas distintos: debajo de qué costo deben estar los precios para poder ser considerados predatorios, y qué otros elementos deben utilizarse para distinguir entre ventas por debajo del costo que tienen por objeto o efecto eliminar competidores y otras que tienen otro tipo de motivaciones.

La definición de venta por debajo del costo más utilizada por la doctrina jurídica norteamericana, y que se ha extendido luego a otros países a través de casos resueltos por analogía con la práctica estadounidense, es la propuesta por Areeda y Turner (1975), según la cual el concepto de costo relevante es el costo marginal de corto plazo, el cual puede aproximarse en la mayoría de los casos a través del costo medio variable de provisión del bien o servicio en cuestión. En un documento elaborado por representantes de organismos de defensa de la competencia de distintos países, la OCDE propone una definición un tanto más inclusiva, según la cual los precios por encima del costo medio total no deberían considerarse nunca predatorios, los precios entre el costo medio variable y el costo medio total sólo podrían ser considerados predatorios en circunstancias excepcionales, y los precios por debajo del costo medio variable deberían ser considerados predatorios salvo que medie alguna justificación económica diferente (por ejemplo, excedentes de capacidad, promoción de un nuevo producto, obtención de economías de escala y de aprendizaje, etc)⁹.

Con independencia de que se utilice una u otra definición de costo para realizar la pertinente comparación con los precios, la práctica comercial nos muestra que la mayoría de los precios por debajo del costo tienen explicaciones diferentes de la depredación. Para poder distinguir entre unas circunstancias y otras, Joskow y Klevorick (1979) han propuesto la utilización de una metodología en dos etapas, que requiere evaluar primero si la estructura de mercado existente facilita la implementación exitosa

⁶ Para un análisis más completo de este tema, véase Church y Ware (2000), capítulo 20.

⁷ Véase Coloma (2002), capítulo 6.

⁸ Un ejemplo de la primera de dichas posiciones es la tesis sostenida por Bork (1978). En el otro extremo, pueden mencionarse autores como Greer (1983), para quien lo importante para considerar predatorio a un precio no es tanto probar que está por debajo del costo sino mostrar que es parte de una estrategia de depredación.

⁹ Al respecto, véase Organization for Economic Cooperation and Development (1989).

de estrategias predatorias y sólo después analizar si los precios observados se encuentran o no por debajo del costo. Esta metodología en dos etapas ha sido adoptada por algunas normas específicas de defensa de la competencia, como por ejemplo las pautas para la aplicación de sanciones por precios predatorios (*Predatory Pricing Enforcement Guidelines*), vigentes en Canadá¹⁰.

Las pautas canadienses sobre precios predatorios prevén una primera etapa en la cual se determina si el presunto responsable tiene poder de mercado, para lo cual se analizan elementos como su *market share* (que debe ser por lo menos del 35%) y las condiciones de entrada al mercado en cuestión. Sólo cuando el presunto responsable tiene una alta participación de mercado y existen barreras de entrada importantes se procede a la segunda etapa, que comprende una comparación de precios y costos (la cual se efectúa siguiendo un procedimiento similar al propuesto en el documento de la OCDE). Finalmente, si se determina que el presunto responsable tiene poder sustancial y que sus precios son irrazonables, todavía se tienen que comprobar dos elementos adicionales, que son si los precios en cuestión forman parte de una política deliberada de ventas por parte del presunto responsable, y si los precios bajos han tenido algún impacto sobre el funcionamiento del mercado. Esto implica evaluar, por ejemplo, si la venta por debajo del costo ha eliminado algún competidor o ha reducido sustancialmente su participación de mercado.

La otra fuente básica utilizada por los organismos de defensa de la competencia para evaluar prácticas predatorias es la literatura propiamente económica. Basándose en los razonamientos de teoría de los juegos reseñados en el capítulo 7, esta literatura ha generado un conjunto de prescripciones prácticas que pueden servir para evaluar en qué casos resulta esperable encontrar comportamientos exclusorios por parte de supuestos depredadores. Philips (1988), por ejemplo, enuncia cinco condiciones básicas:

- a) el depredador es una empresa multimercado o multiproducto;
- b) la práctica predatoria se realiza poco después de que un competidor ha ingresado a alguno de los mercados en los que actúa el depredador;
- c) el precio del depredador está por debajo de su precio óptimo en el mercado en cuestión;
- d) la reducción de precios hace negativo el valor de entrada al mercado en el cual se produce el episodio predatorio;
- e) la presa no está segura de que dicha reducción sea propiamente predatoria y puede interpretarla como el resultado de una mayor competencia en el mercado.

Un elemento adicional que debería tenerse en cuenta para caracterizar una práctica predatoria como aceptable o inaceptable es el bien jurídico que las normas de defensa de la competencia están intentando proteger. Si dicho bien jurídico se identifica con el excedente de los consumidores, entonces resulta necesario evaluar si el perjuicio futuro que los precios predatorios le generarán a los consumidores una vez que la depredación termine (y el depredador quede como monopolista) son mayores o menores que los beneficios presentes que los consumidores obtienen de los precios artificialmente bajos que se cobran mientras dura el ataque predatorio. Si, en cambio, usamos como medida del bienestar al excedente total de los agentes económicos, los precios verdaderamente predatorios pueden considerarse perjudiciales tanto en el período inicial (en el cual son menores que los competitivos) como en los períodos

¹⁰ Véase Canadian Competition Bureau (1992).

futuros (en los cuales pasan a ser mayores que los competitivos). Esto es así porque ahora también importan los beneficios de los productores, que en el período en el cual rige la depredación son negativos. Dicha negatividad más que compensa el beneficio adicional que sacan los consumidores en un primer momento, ya que el excedente total de los agentes económicos se maximiza cuando los precios son iguales a los de competencia perfecta (y, por lo tanto, precios menores que los competitivos generan forzosamente una disminución de dicho excedente total).

Si bien los diferentes objetivos posibles de la defensa de la competencia generan distintas concepciones y estándares aplicables al mismo fenómeno, cabe reconocer que, en lo que se refiere a los precios predatorios, estas diferencias de criterio parecen haberse atenuado mucho a partir de la década de 1990. Niels y Kate (2000) atribuyen dicha atenuación al logro de un “consenso internacional sobre la metodología de análisis de los precios predatorios”, que según dichos autores se basa en la consideración conjunta de las recomendaciones de la OCDE, de las pautas canadienses sobre el tema, y de una serie de sentencias de los tribunales estadounidenses ocurridas entre 1977 y 1993.

2. Estados Unidos

2.1. Jurisprudencia sobre monopolización y exclusión de competidores

La jurisprudencia norteamericana sobre monopolización y exclusión de competidores tiene sus ejemplos iniciales en las sentencias de la Corte Suprema que en 1911 cerraron dos casos de particular importancia: “EEUU c/ Standard Oil” y “EEUU c/ American Tobacco”. En el primero de ellos, la mayor compañía petrolera estadounidense fue sancionada por prácticas exclusorias que le permitieron llegar a un virtual monopolio en el segmento de refinación del petróleo, entre las cuales se enumeraban la coerción de proveedores y clientes, una serie de adquisiciones de empresas competidoras y algunos episodios que fueron encuadrados dentro de la figura de “precios predatorios”. En lo que se refiere a American Tobacco, se consideró que su conducta ilegal consistía en una serie de adquisiciones de competidores, compra de plantas productoras que luego eran cerradas, e imposición de cláusulas contractuales de exclusividad y de no competencia.

Ambos casos fueron notables por las sanciones que trajeron aparejados, que fueron la virtual disolución de las compañías involucradas y su partición forzada en numerosas empresas independientes (treinta y tres, en el caso de Standard Oil, y dieciséis, en el de American Tobacco). También lo fueron porque implicaron las primeras articulaciones legales respecto de los elementos que debían probarse para sancionar prácticas horizontales exclusorias (poder monopolístico e intención de monopolizar) y encuadraron este tipo de conductas dentro de las que debían seguir la regla de la razón.

Estos dos casos iniciales de monopolización fueron objeto de numerosos análisis jurídico-económicos a partir de entonces. Particularmente importantes son los de McGee (1958), quien sostuvo que la estrategia de precios predatorios imputada a Standard Oil no fue tal, y Burns (1986), quien realizó un test econométrico destinado a probar que American Tobacco sí utilizó ese tipo de estrategia, pero que la misma fue complementaria de su política global de adquisición de competidores. Un ejemplo más reciente de esta literatura es Granitz y Klein (1996), quienes sostienen que la conducta

de Standard Oil puede interpretarse genéricamente como un caso de incremento de costos de los rivales. Según estos autores, la principal táctica exclusoria utilizada por esta empresa consistió en negociar tarifas preferenciales con los ferrocarriles que transportaban su producción de derivados del petróleo hacia los puertos y los grandes centros de consumo, a cambio de monitorear el cumplimiento por parte de dichos ferrocarriles de un acuerdo colusivo que ellos habían celebrado. Este papel de “policía del cartel ferroviario” hizo que Standard Oil pudiera incrementar indirectamente los costos de sus competidores en el mercado de refinación del petróleo, y aprovechara luego ese fenómeno para inducir el retiro de dichos competidores o para adquirirlos a precios inferiores.

Un año después de sus sentencias condenatorias de Standard Oil y American Tobacco, la Corte Suprema norteamericana aplicó por primera vez la doctrina de las instalaciones esenciales en el caso “EEUU c/ Terminal Railroad Association” (1912), en el cual una asociación de catorce ferrocarriles del área de San Luis (Missouri) fue condenada por monopolizar todas las terminales ferroviarias y los accesos a la ciudad, y por negarle o dificultarle el acceso a dichas instalaciones a las otras ocho compañías ferroviarias que también operaban en el mercado en cuestión. En este caso, el análisis realizado parte de la idea de que el acceso a los activos que habían quedado bajo control de la asociación denunciada era indispensable para poder competir, y que por lo tanto sólo era posible que hubiera competencia efectiva entre las empresas que se encontraban dentro de la asociación y las que se encontraban fuera de ella si todas tenían acceso a las instalaciones en cuestión. La reparación del problema planteado, sin embargo, tuvo lugar de modo diferente al que se había utilizado para condenar a Standard Oil y a American Tobacco, ya que no implicó el desmembramiento de la asociación denunciada sino una orden de ofrecer a los restantes competidores acceso a las instalaciones monopolizadas en los mismos términos que las empresas que formaban parte de la asociación en cuestión. La lógica de esta solución parece hallarse en la idea de que las terminales y los accesos a la ciudad conformaban un conjunto económico que operaba más eficientemente bajo un control común que bajo un control separado (monopolio natural), y que por lo tanto era preferible mantener dicho control común y tratar de que la competencia se mantuviera en lo que se refería al acceso a las instalaciones aunque no hubiera competencia entre las distintas instalaciones.

El siguiente caso de importancia que registra la historia antitrust estadounidense sobre temas de obstaculización y exclusión de competidores es “EEUU c/ Alcoa” (1945), en el cual resultó sancionado el principal productor mundial de aluminio. Este caso es muy citado por la discusión que implicó respecto de cuál era el mercado relevante para medir si el denunciado tenía o no poder monopólico y, en particular, si las participaciones de mercado debían computarse tomando como base la producción o las ventas y si debía o no incluirse la denominada “producción secundaria de aluminio” (es decir, el nuevo aluminio fabricado utilizando aluminio reciclado). Algunos comentaristas ven a este caso como un cambio importante en la jurisprudencia respecto de la aplicación del artículo 2 de la ley Sherman, y consideran que el mismo implantó una doctrina según la cual se pasó a sancionar “el monopolio en sí mismo” aunque no se hubieran probado propiamente “actos de monopolización”¹¹. Otra visión es que lo que se consideró anticompetitivo fue la obstaculización del acceso de competidores

¹¹ Véase, por ejemplo, Gellhorn y Kovacic (1994), capítulo 4.

potenciales al mercado, a través de la instalación de capacidad excedente de producción. La propia sentencia de la Cámara de Apelaciones que cerró el caso hace referencia a dichas prácticas, considerando que las mismas no tenían “otro motivo que el de excluir competidores y perpetuar el dominio del mercado de aluminio primario” por parte de la empresa denunciada. La sanción que recibió Alcoa por su conducta consistió en una multa y en una imposición judicial de fomentar el ingreso de nuevos competidores a través de la repotenciación y venta de dos plantas productoras de aluminio que eran propiedad del gobierno estadounidense. La partición de Alcoa en varias empresas separadas no fue considerada en este caso como una solución factible, ya que la empresa sólo contaba con dos plantas y una de ellas estaba a punto de ser declarada obsoleta.

La idea de que la obstaculización de la entrada a través de la instalación de capacidad excedente representa una infracción a la legislación antitrust, presente en el caso Alcoa, parece haberse atenuado mucho a lo largo de los años. En “FTC c/ DuPont” (1980), por ejemplo, el productor más importante de dióxido de titanio fue acusado de monopolizar el mercado de dicho producto químico por medio de una estrategia de expansión agresiva de su capacidad de planta destinada a satisfacer todo el crecimiento previsto en la demanda del mercado, aprovechando una ventaja comparativa de costos que la empresa poseía en razón de ciertos cambios en los precios relativos de sus insumos y del tipo de tecnología que utilizaba. Esta estrategia se complementaba con una estrategia de “fijación de precios límite”, que supuestamente le generaba beneficios suficientes a DuPont para financiar su expansión pero le volvía inconveniente a sus competidores incrementar sus propias capacidades de producción. Si bien la situación era en esencia similar a la que treinta y cinco años antes había llevado a condenar el comportamiento de Alcoa en el mercado de aluminio primario, en esta circunstancia el caso no pasó de la instancia administrativa de la Comisión Federal de Comercio, la cual consideró que las acciones de DuPont se originaban en el aprovechamiento de “condiciones del mercado, diferencias de costos y economías de escala” y se enmarcaban dentro de un criterio de aprovechamiento de las posibilidades competitivas que estaba “sólidamente basado en eficiencias y oportunidades de crecimiento”¹².

El caso del dióxido de titanio representa un ejemplo del cambio de postura que se produjo en la jurisprudencia norteamericana a partir de la década de 1970 respecto de la consideración de los casos de monopolización, en el sentido de incorporar mayores exigencias al momento de evaluar si una determinada conducta implicaba una práctica exclusiva. En “Berkey c/ Kodak” (1980), por ejemplo, la sentencia de la cámara de apelaciones que cerró el caso consideró que la empresa denunciada, que ostentaba una posición de liderazgo en la industria fotográfica, no tenía obligación de anticiparle a sus competidores la introducción de un nuevo producto (la cámara Pocket Instamatic 110) para que ellos pudieran competir en un pie de igualdad en el mercado de rollos de película destinados al producto en cuestión. Asimismo, en “Calcomp c/ IBM” (1979), otra cámara de apelaciones aceptó los argumentos del principal fabricante de computadoras (y consideró que no había incurrido en infracción alguna) en un caso en el cual la conducta denunciada era rediseñar sus productos principales con el objeto de volver incompatibles los productos periféricos producidos por sus competidores. La decisión se basó aquí en que el nuevo diseño elaborado por IBM era cualitativamente superior al de los modelos anteriores, y que la empresa no tenía por qué desecharlo para

¹² Para un análisis más completo de este caso, véase Dobson, Shepherd y Stoner (1994).

beneficiar a los productores de equipos periféricos¹³.

A pesar de las mayores exigencias impuestas por los tribunales estadounidenses para probar el carácter exclusorio de ciertas conductas, varios casos importantes de monopolización terminaron en sanciones durante la década de 1980. Uno que llegó a la Corte Suprema fue “Aspen Highlands c/ Aspen Skiing” (1985). En él se planteó una disputa entre dos empresas que operaban los medios de elevación de cuatro montañas cercanas en las cuales se practicaba esquí, y que habían ofrecido durante muchos años pases conjuntos para que los esquiadores pudieran utilizar indistintamente todas las instalaciones. La práctica exclusoria sancionada fue en este caso la negativa por parte de la empresa concesionaria de tres de las cuatro montañas de seguir ofreciendo el pase conjunto en cuestión, la cual supuestamente puso en inferioridad competitiva al operador de la montaña restante. La lógica detrás de la decisión de condenar a Aspen Skiing estuvo en la idea de que el derecho a acceder a la generalidad de las áreas disponibles para esquiar en el área de Aspen (Colorado) era una “instalación esencial” para poder competir en el mercado, y su ejercicio sólo resultaba posible si las dos empresas ofrecían pases conjuntos¹⁴.

Pero el caso más importante de la jurisprudencia norteamericana moderna sobre prácticas horizontales exclusorias, que culminó con el desmembramiento de una gran empresa, fue “EEUU c/ AT&T” (1982). En dicho caso el gobierno estadounidense acusó a la principal compañía telefónica del mundo de utilizar su poder monopólico en los segmentos de telefonía local para excluir a sus competidores reales y potenciales en las restantes líneas de negocios en las que operaba (telefonía de larga distancia y provisión de equipo telefónico). Los principales cargos contra AT&T tenían que ver con negativas a interconectar competidores a sus sistemas de telefonía local, exigencias relacionadas con el uso de dispositivos especiales cuando se conectaban equipos no fabricados por AT&T, denuncias presentadas sistemáticamente por AT&T en procedimientos regulatorios y judiciales para retrasar el ingreso de nuevas empresas que solicitaban interconexión al sistema telefónico, y políticas de fijación de precios de sus servicios que sólo tenían relación con la existencia o no de competencia real o potencial y no con los costos de provisión de tales servicios.

El caso contra AT&T no culminó con una condena, sino que se cerró a través de la homologación de un acuerdo entre las partes (*consent decree*) por el cual la compañía denunciada aceptó escindir completamente sus divisiones dedicadas a la prestación del servicio de telefonía local, creando seis nuevas empresas independientes al efecto. De este modo, AT&T pasó a operar únicamente en mercados en los cuales enfrentaba competencia (los de telefonía de larga distancia y provisión de equipo telefónico) y los monopolios locales de servicio telefónico quedaron en manos de nuevas empresas que en principio no pudieron operar en los otros mercados competitivos. Este resultado implicó una aceptación tácita por parte de AT&T de haber infringido el artículo 2 de la ley Sherman y el inicio de una nueva era en la organización del sistema norteamericano

¹³ Este caso fue uno de los tantos que tuvo a IBM como denunciado por prácticas exclusorias durante la década de 1970, y que terminaron con sentencias que le dieron la razón a dicha compañía. El propio Departamento de Justicia estuvo muchos años procurando el desmembramiento de IBM en varias empresas, pero finalmente desistió de su petición en 1982.

¹⁴ Este último fallo ha sido muy discutido por sus implicancias jurídicas y económicas. Lipsky y Sidak (1999), por ejemplo, señalan que la lógica implícita en el mismo pone el interés de los competidores por encima del de los consumidores, al fomentar una práctica que puede facilitar la aparición de colusión.

de telecomunicaciones, cuyas implicancias se extendieron luego a muchos otros países.

2.2. Precios predatorios y otros intentos de monopolización

Los argumentos de que determinadas políticas de fijación de precios tienen por objeto excluir competidores del mercado aparecen ya en los dos primeros casos de monopolización reseñados en la sección anterior (Standard Oil y American Tobacco). Con el tiempo, la doctrina jurídica y el análisis económico fueron elaborando teorías que buscaban explicar la lógica (o, a veces, la ausencia de lógica) de dichas prácticas genéricamente conocidas como “precios predatorios”, y elaboraron estándares para evaluar la legalidad de las mismas (tales como los asociados con los nombres de Areeda y Turner, y de Joskow y Klevorick).

En Estados Unidos, la legislación aplicable al análisis de los precios predatorios es por un lado el artículo 2 de la ley Sherman (en la parte que se refiere a “intentos de monopolizar”) y por otro es el artículo 2 de la ley Clayton (modificado en 1936 por la ley Robinson-Patman). Esta última legislación sirve para sancionar la depredación en situaciones en las cuales la misma se manifiesta a través de conductas de discriminación de precios, y no será mayormente analizada en el presente trabajo¹⁵.

En su artículo sobre estándares internacionales para la sanción de precios predatorios, Niels y Kate (2000) señalan que la jurisprudencia estadounidense ha ido definiendo una línea de interpretación que varía en el tiempo y en el espacio, pero que se fue uniformando considerablemente a partir de 1977. En ese año se aplicó por primera vez la regla de comparar precios con costos medios variables propuesta por Areeda y Turner (1975) para resolver el caso “Janich Bros c/ American Distilling”. Dicho caso se refería al mercado de bebidas alcohólicas, en el cual una empresa estaba vendiendo un determinado producto a precios supuestamente predatorios. En su sentencia desechando la acusación, la cámara de apelaciones tomó como estándar para evaluar si el precio era predatorio o no al costo medio variable, y consideró además que era necesario considerar no sólo al producto cuyo precio era objeto de denuncia (que en este caso se limitaba a una presentación en botellas de medio galón) sino también el resto de la línea de productos ofrecido por el supuesto depredador que también formaban parte del mercado relevante (en este caso, las restantes presentaciones de la misma bebida).

La misma cámara de apelaciones que había decidido el caso Janich tomó una posición un tanto diferente en su sentencia cerrando el caso “Inglis c/ ITT Continental Baking” (1981), en la cual estableció que, cuando los precios se encuentran entre el costo medio variable y el costo medio total, el denunciante debe demostrar que los mismos forman parte de una estrategia deliberada de depredación por parte del denunciado, y que un precio entre el costo medio variable y el costo medio total no es *per se* predatorio ni *per se* justificado. Por su parte, otra cámara de apelaciones resolvió en 1983 el caso “Barry Wright c/ ITT Grinnell y Pacific”, y en la sentencia en cuestión rechazó el argumento de que los precios por encima del costo medio total podían ser ilegales (y desistió por ende de sancionar a las empresas denunciadas por prácticas predatorias). En “Northeastern Telephone c/ AT&T” (1981), en cambio, la empresa denunciada fue sancionada por, entre otras conductas, fijar precios por debajo de sus costos medios variables en un mercado de equipamiento telefónico en el que enfrentaba competencia. Cabe recordar que en esa época AT&T era una empresa multiproducto que

¹⁵ Para un estudio más detallado sobre ese tema, véase Coloma (1999).

monopolizaba numerosos mercados de telecomunicaciones en los Estados Unidos, pero que también operaba en otros en los cuales existía competencia real o potencial.

Desde 1984 empezaron a aparecer casos de precios predatorios en los que los tribunales norteamericanos tuvieron en consideración aspectos relativos a la estructura de los mercados, siguiendo la lógica del artículo de Joskow y Klevorick (1979). El primero de ellos fue “FTC c/ General Foods” (1984), en el cual se evaluó la posibilidad de éxito de una estrategia predatoria y se concluyó que la empresa denunciada no podría controlar los precios ni excluir a sus rivales del mercado de café porque no existían barreras de entrada importantes y había exceso de capacidad en la industria. Esto determinó que la investigación se cerrara sin pasar a una etapa de evaluación de la relación existente entre precios y costos.

Otro caso norteamericano importante sobre depredación fue “Zenith c/ Matsushita y otros” (1986), en el cual se analizó una denuncia sobre veintiuna empresas japonesas de artículos electrónicos a las que se acusó de financiar precios bajos para sus exportaciones de televisores a Estados Unidos con precios altos en su mercado doméstico. En su sentencia absolutoria, la Corte Suprema consideró que los supuestos conspiradores difícilmente podían monitorear y coordinar la fijación conjunta de precios antes y después de la depredación, contrariamente a la situación en que la depredadora es una sola empresa. Aquí se introdujo también el concepto de “recuperación de las pérdidas de la depredación”, al evaluarse que dicha etapa de la estrategia predatoria era de muy difícil cumplimiento, ya que, después de la eventual exclusión de los competidores locales del mercado, los denunciados se enfrentarían con el problema de acordar un precio conjunto de tipo monopólico.

En el caso “Brooke c/ Brown & Williamson” (1993), finalmente, la Corte Suprema estableció criterios detallados para el análisis de los precios predatorios, que a partir de entonces empezaron a ser aplicados de manera consistente por los tribunales inferiores. Particularmente, se determinó que para comprobar la depredación se requiere de precios por debajo de una medida apropiada de costos, pero que además debe existir una posibilidad razonable para el presunto depredador de recuperar pérdidas mediante futuros precios monopólicos. En el caso Brooke en particular, la denuncia se basaba en un supuesto intento de excluir a un competidor de un segmento del mercado de cigarrillos, pero ni el acusado (Brown & Williamson) tenía una posición dominante en el mercado en cuestión ni el demandante (Brooke, propietario de la empresa Liggett & Myers) era un competidor que pudiera considerarse marginal. El hecho de que la práctica tuviera lugar en un “oligopolio concentrado” hizo además que se plantearan dudas respecto de la posibilidad de recuperar las pérdidas incurridas en la supuesta depredación, y que finalmente se desistiera de aplicar ninguna sanción.

Un concepto que también ha aparecido en la jurisprudencia norteamericana sobre intentos de monopolizar y que tiene relación directa con los precios predatorios es el de “estrujamiento de precios” (*price squeeze*). El mismo consiste en una estrategia por parte de una empresa verticalmente integrada de incrementar el precio de un insumo sin hacer lo propio con el del producto que se elabora con dicho insumo, a efectos de depredar competidores no integrados que sólo operan en el mercado del producto y que dependen del insumo que les provee el depredador verticalmente integrado. Esta práctica puede englobarse dentro de la teoría más general de incremento de los costos de los rivales, y ha sido explícitamente considerada como un elemento más dentro de la conducta sancionada en el caso Alcoa, al que nos hemos referido en la sección anterior.

Un caso más reciente en el cual también fue condenada (y que, curiosamente, involucró a una de las empresas creadas para competir contra Alcoa en el mercado de aluminio) es “Bonjorno c/ Kaiser Aluminum” (1984), en el cual la cámara de apelaciones que entendió en el tema consideró que “cuando un monopolista ... aumenta los precios de las materias primas que utilizan sus competidores sin afectar sus propios costos ... sus acciones cruzan la barrera prevista en la ley Sherman”.

Una práctica sustancialmente distinta de la depredación a través de precios es la que tiene lugar cuando el intento de monopolizar se efectúa por medio de la acumulación de patentes de invención. Un caso en el cual dicha práctica fue considerada ilegal es “Stokes & Smith c/ Trans-Wrap” (1947), en el cual la Corte Suprema sancionó a un fabricante de máquinas para producir envoltorios por acumular patentes en su rama de actividad a través de un procedimiento de “licencias cruzadas” (*grant-back*). En dicho caso, la Corte señaló que “quien adquiere dos patentes adquiere un monopolio doble” y puede “perpetuar su control sobre la industria mucho después de que la patente original ha expirado”, logrando eliminar a sus competidores y “mantener y perfeccionar su posición monopólica”. Este tipo de razonamiento, sin embargo, se halla notablemente diluido por sentencias posteriores que han rehusado condenar a las acumulaciones de patentes como intentos de monopolización, tales como las que cerraron los casos “Automatic Radio c/ Hazeltine” (1950) y “SCM c/ Xerox” (1981).

Un último tema sobre el cual la jurisprudencia estadounidense ha producido un resultado interesante respecto de la aplicación de la legislación antitrust tiene que ver con la consideración de las prácticas predatorias que se derivan de la acción de agencias reguladoras y otros organismos públicos en ejercicio de sus funciones. Dicho resultado se conoce con el nombre de “doctrina Noerr-Pennington”, en referencia a los nombres de dos casos respecto de los cuales se ha expedido la Corte Suprema norteamericana. La doctrina en cuestión puede sintetizarse diciendo que las acciones unilaterales o concertadas destinadas a influir en las decisiones del gobierno no son anticompetitivas, aun cuando las mismas tengan por objeto restringir la competencia o perjudicar a otros competidores. Así, en “Noerr c/ Eastern Railroads” (1961) la justicia estadounidense desistió de condenar a un grupo de ferrocarriles que habían conseguido que el gobierno del estado de Pensilvania limitara la carga máxima que podía transportarse en las rutas de dicho estado, logrando así una ventaja competitiva respecto de las empresas de transporte de cargas por camión. Por su parte, en “Pennington c/ United Mine Workers” (1965) la misma lógica se aplicó para exculpar a un grupo de empresas mineras y sindicatos de trabajadores que petitionaron y obtuvieron medidas destinadas a evitar el empleo de licitaciones competitivas por parte de una agencia gubernamental.

Los fallos en los que se basa la doctrina Noerr-Pennington generan asimismo una conclusión adicional respecto del alcance de las normas de defensa de la competencia, que resulta aplicable a una gran variedad de situaciones. Dicha conclusión tiene que ver con la idea de que lo que ley antitrust penaliza son las restricciones al comercio resultantes de la acción de los agentes privados y no las que surgen de decisiones del gobierno en el ejercicio de sus funciones administrativas y regulatorias. Esto último, sin embargo, no impide que ciertas prácticas de agentes privados consistentes en el abuso de procedimientos administrativos y judiciales con el objeto de dificultar el acceso de sus competidores al mercado puedan ser consideradas como parte de una estrategia anticompetitiva sancionable. En particular, la Corte Suprema estadounidense ha señalado que en dicha categoría se incluyen los “litigios espurios” (*vexatious litigation*),

o sea, aquellos que no tienen ninguna base objetiva sólida y sólo tienen por objeto dilatar en el tiempo una determinada situación para interferir directamente en las relaciones comerciales de un competidor¹⁶.

3. Unión Europea

3.1. Jurisprudencia comunitaria

Tal como hemos visto en la sección 1.1, el derecho europeo de defensa de la competencia encuadra generalmente a las prácticas horizontales exclusorias como una infracción al artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea bajo la figura de abuso de posición dominante. Este encuadramiento es un producto de la jurisprudencia y no de la legislación en sí, ya que ninguno de los cuatro ejemplos de abuso de posición dominante que el tratado menciona se refiere explícitamente a una práctica exclusoria de carácter estrictamente horizontal¹⁷.

El primer caso de importancia sobre el tema tiene que ver con una negativa de venta de insumos químicos (nitropropano y aminobutanol) por parte del monopolista mundial de dichos insumos. Efectivamente, en “Zoja c/ CSC e ICI” (1974) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó la sanción de la Comisión Europea en una situación en la cual el monopolista en cuestión (Comercial Solvents Corporation), a través de su subsidiaria italiana (Istituto Chemioterapico Italiano), se había negado a proporcionarle insumos a un fabricante de un producto químico que competía contra ICI en el mercado de ese producto (llamado etambutol). Unos años más tarde, sin embargo, el propio tribunal revirtió una sanción parecida de la Comisión Europea en el caso “ABG c/ British Petroleum” (1978), en el cual la conducta analizada era una reducción del suministro de combustibles líquidos por parte de uno de los principales productores europeos (British Petroleum) a un distribuidor holandés (ABG) que competía con su proveedor en el mercado minorista de combustibles de los Países Bajos. La razón por la cual dicha reducción no se consideró anticompetitiva fue que la misma había tenido lugar en un contexto de crisis en la oferta de petróleo, que había obligado a British Petroleum a reducir sus ventas a todos sus clientes. Si bien la reducción de las ventas a ABG era proporcionalmente mayor que las aplicadas a otros compradores, el Tribunal de Justicia consideró que ABG no era un “cliente regular” de la compañía petrolera británica sino un “comprador ocasional”. Este hecho contribuyó a que la actitud del proveedor fuera considerada como comercialmente válida y no se le atribuyera por lo tanto un propósito exclusorio.

La validez de las argumentaciones comerciales invocadas ha hecho que en otros casos otras situaciones de negativa de venta hayan sido consideradas como justificadas y, por lo tanto, no hayan merecido sanción. Tal es, por ejemplo, el caso de “Leyland c/ Automotive Products” (1993), en el cual la Comisión Europea desistió de sancionar a un productor de autopartes que decidió no suministrar más su producto a un cliente porque dicho cliente le adeudaba numerosos pagos por entregas anteriores. En “Napier Brown c/ British Sugar” (1988), en cambio, la negativa a suministrar azúcar industrial por parte

¹⁶ Al respecto, cabe mencionar la sentencia correspondiente al caso “Professional Real Estate Investors c/ Columbia Pictures” (1993).

¹⁷ Los ejemplos de los incisos “a” y “c” se refieren más bien a casos de discriminación de precios u otras condiciones semejantes, en tanto que el inciso “b” menciona limitaciones a la producción en perjuicio de los consumidores, y el “d” se refiere a ventas atadas.

de la empresa denunciada fue interpretada como una práctica destinada a incrementar los costos de una empresa que competía con ella en el mercado minorista de azúcar, y fue por ende sancionada con una multa.

La jurisprudencia europea también ha incorporado como criterio para sancionar prácticas horizontales exclusorias a la doctrina de las instalaciones esenciales. Goyder (1998) sostiene que, en el caso europeo, la aceptación de dicha doctrina se basó en considerar que la misma condenaba una combinación de situaciones de negativa de venta y de imposición de condiciones discriminatorias. Al respecto, dicho autor cita como relevantes una serie de casos en los cuales la instalación esencial eran los puertos de los cuales partían distintas líneas de transporte de pasajeros. En uno de ellos (“B&I c/ Sealink”, 1992) el concesionario de un puerto que también era operador de una línea de transporte fue obligado a rever una política de asignación de muelles que le generaba complicaciones a un competidor, y que fue considerada como deliberadamente planeada para perjudicar a dicho competidor. La misma empresa, sin embargo, fue absuelta en otro caso en el cual se la acusó de perjudicar a otra compañía (“Sea Containers c/ Sealink”, 1994), por entenderse que en esa situación las restricciones impuestas se hallaban justificadas y no implicaban un tratamiento discriminatorio.

También relacionados con sectores de transporte, los casos “British Midland c/ Aer Lingus” (1992) y “Comisión Europea c/ Deutsche Bundesbahn” (1994) culminaron con órdenes por parte de la autoridad de defensa de la competencia de cesar conductas que se consideraron exclusorias de competidores, por negarles o dificultarles el acceso a ciertas instalaciones esenciales. En el primero de ellos la práctica objetada fue la negativa por parte de la aerolínea dominante en la ruta Dublin-Londres de celebrar un acuerdo de interlínea con un competidor recientemente ingresado a dicha ruta, lo cual aparentemente hacía que el nuevo competidor no pudiera competir efectivamente en el mercado en cuestión. En el segundo caso, los ferrocarriles del estado alemán fueron sancionados por discriminar a empresas transportistas de mercaderías que debían forzosamente utilizar sus vías férreas, a fin de favorecer el transporte de dichas mercaderías a través de sus propias formaciones ferroviarias.

En casos más recientes, la doctrina de las instalaciones esenciales ha servido para sancionar otras conductas referidos a activos menos tangibles. En “Comisión Europea c/ AAMS” (1998), por ejemplo, la Administración Autónoma de los Monopolios del Estado Italiano fue sancionada por limitar el acceso de sus competidores a sus canales de distribución. La empresa ostentaba un monopolio legal sobre la producción de cigarrillos en Italia, y sólo enfrentaba competencia de productores de otros estados de la Unión Europea. Para excluirlos del mercado italiano utilizó su doble condición de empresa pública y agencia reguladora para establecer condiciones restrictivas (limitaciones para el lanzamiento de nuevos productos, requerimientos de presentación, etc) para que los cigarrillos extranjeros no pudieran ingresar fácilmente a Italia.

Otro tipo de conducta exclusoria que ha aparecido en Europa en casos de abuso de posición dominante son los precios predatorios, destacándose al respecto los casos “ECS c/ AKZO” (1991) y “Elopak c/ Tetra Pak” (1997). En el primero de tales procesos, un fabricante de productos químicos (AKZO Chemie) fue multado por vender ciertos aditivos utilizados en la fabricación del pan a precios por debajo del costo, en una situación en la cual tenía una posición de dominio en el mercado británico de dichos aditivos y en la cual se consideró que dicha venta tenía por objeto perjudicar a un

competidor (Engineering and Chemical Supplies). Aparentemente, la venta por debajo del costo de estos aditivos era un “castigo” que AKZO trataba de infligirle a ECS (con la cual había competido pacíficamente durante varios años) por haber ingresado en los mercados inglés y alemán de peróxidos para la industria del plástico (en los cuales AKZO ya estaba establecido desde antes). Las pruebas que se utilizaron para demostrar que esta conducta tenía un carácter predatorio fueron que los precios de venta de los productos de AKZO se hallaban por debajo de sus costos variables unitarios, que había habido reducciones selectivas de precios para clientes que tradicionalmente le habían comprado a ECS, y que existían evidencias documentales que mostraban que AKZO había amenazado directamente a ECS con iniciar una guerra de precios si esta empresa no se retiraba de los mercados de insumos para plásticos en los que había entrado recientemente¹⁸.

El caso AKZO tuvo lugar en una situación en la cual los precios predatorios eran la principal práctica anticompetitiva cuestionada. En el caso Tetra Pak, en cambio, la principal práctica objetada fue la imposición del requisito de que los compradores de máquinas para envasar bebidas en envases de cartón debían también adquirirle a Tetra Pak el cartón utilizado en dichos envases. Esta práctica de venta atada ocurría en una situación en la cual la empresa denunciada tenía posición dominante en el mercado de máquinas para envasar y enfrentaba en cambio competencia en el mercado del cartón. La relación de este caso con los precios predatorios es que una de las conductas objetadas a Tetra Pak fue que algunas de las ventas de máquinas para envasar se hicieron a precios que estaban por debajo del costo variable de producción de dichas máquinas, si bien dichas operaciones se realizaban en un contexto en el cual el cartón se vendía por encima de su costo y la transacción en su conjunto era en sí rentable para el vendedor.

Un último caso que culminó con una multa de la Comisión Europea por una conducta de precios predatorios es “UPS c/ Deutsche Post” (2001), en el cual la empresa oficial de correos alemana fue sancionada, entre otras prácticas, por operar por debajo de sus costos incrementales en los segmentos competitivos de la actividad postal (distribución de paquetes y encomiendas), financiando sus pérdidas con las ganancias obtenidas en los segmentos en los cuales operaba como monopolista legal (distribución de cartas). La práctica se consideró predatoria por entenderse que buscaba excluir competidores (tales como el denunciante, United Parcel Services), y se la consideró complementaria de una práctica discriminatoria por la cual el correo alemán concedía descuentos por fidelidad a sus clientes en el mercado de distribución de paquetes y encomiendas (también, presumiblemente, con el objeto de excluir a sus competidores de dicho mercado).

3.2. Legislación y jurisprudencia españolas

La legislación española sobre defensa de la competencia (ley 16/1989) sigue la línea establecida por la práctica comunitaria europea de considerar a las conductas horizontales exclusorias dentro como abusos de posición dominante. El artículo 6 de dicha ley establece así algunos ejemplos de dicha figura jurídica, dentro de los cuales pueden considerarse horizontales y exclusorios al contenido en su inciso “c” (negativa

¹⁸ El caso AKZO ha sido objeto de análisis por parte de varios artículos dentro de la literatura económica. Un ejemplo importante de esa literatura es Philips (1994).

injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios) y, en ciertos casos, al contenido en el inciso “f” (ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida).

La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) sobre este tema es relativamente poco abundante, pero varios de los casos más importantes involucraron a la misma empresa: Telefónica de España. El primero de dichos casos fue “3C c/ Telefónica y otros” (1995), en el cual se aplicó implícitamente la doctrina de las instalaciones esenciales. El caso se refería a una conducta de obstaculización del acceso al mercado de cabinas telefónicas en los aeropuertos españoles, en el cual la empresa denunciante (3C Communications) competía contra una subsidiaria de Telefónica denominada Cabitel. La práctica sancionada consistía en una política de dificultar la instalación de cabinas telefónicas a través de negativas de conexión o retrasos en la misma por parte de Telefónica (que era monopolista legal de las correspondientes líneas), con el objetivo de impedir la competencia de 3C en el mercado en cuestión. La conducta se complementaba con un contrato de exclusividad que había celebrado Cabitel con el Ente Público de Aeropuertos, para que este no autorizara la instalación de cabinas por parte del denunciante. La sanción del TDC en este caso consistió en una multa contra Telefónica y en una orden de cese de la conducta de obstaculización, que implicaba asimismo la inaplicabilidad del contrato de exclusividad mencionado.

En otro caso que involucró a Telefónica (“BT c/ Telefónica”, 1999), dicha empresa resultó sancionada por una serie de conductas entre las cuales aparecía el “estrujamiento de precios”. El mercado relevante era el de los circuitos telefónicos que la empresa le alquilaba a otras compañías (por ejemplo, a BT Telecomunicaciones) pero que también utilizaba ella misma, y respecto de los cuales fijaba alquileres cuyo precio era muy alto en comparación con los precios que les cobraba a algunos usuarios que contrataban directamente con Telefónica. Dicha conducta quedó evidenciada en particular respecto del convenio que Telefónica celebró con la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional, cliente que también tenía la posibilidad de contratar con BT. En “Retevisión c/ Telefónica” (2000), por su parte, la práctica objetada fue obstaculizar al acceso al mercado de un nuevo operador de servicios telefónicos a través de una estrategia de estrujamiento de precios y de una campaña publicitaria desleal. La conducta se consideró particularmente grave porque la empresa denunciante (Retevisión) era el primer competidor que le aparecía a Telefónica en su actividad principal (telefonía básica), y la multa que se le impuso (1400 millones de pesetas) fue considerablemente más elevada que las aplicadas en casos anteriores.

Otro caso de abuso de posición dominante sancionado por el TDC que encuadra dentro de la categoría de práctica horizontal exclusoria es “Tubogas c/ Repsol Butano” (2002), en el cual la principal empresa proveedora de gas licuado fue multada por conductas tendientes a obstaculizar el desempeño de instaladores independientes de equipos de gas, en beneficio de su subsidiaria (Servicio Oficial Repsol Butano). Dichas conductas consistían principalmente en el uso desleal de la información recabada por Repsol Butano sobre la actividad de las empresas instaladoras y sobre el mercado de revisiones obligatorias de equipos de gas, a fin de favorecer a su servicio oficial de instalación y reparaciones.

El TDC ha sancionado también algunas prácticas horizontales exclusorias de carácter concertado. Un ejemplo al respecto es la resolución que cierra el caso “Electro Bazar Ernesto c/ CELSA y otros” (1995), en el cual se consideró que un acuerdo entre

tres comercios de la ciudad de Alicante para efectuar una oferta de venta de televisores (es decir, aparatos de televisión con videograbador incorporado) a precios muy reducidos era en realidad una práctica predatoria destinada a perjudicar a un competidor. Para disponer la sanción en este caso se tuvo en cuenta que el precio al cual se efectuaba la oferta de venta era inferior al costo de adquisición de los televisores, que se trataba de una “oferta vacía” (es decir, que los comercios que la efectuaban no tenían existencias suficientes para cumplirla) y que su propósito real era dificultarle al denunciante la venta de su propio stock de televisores. Otro caso parecido que terminó en sanción es “N. Martín c/ Unión de Comerciantes de Gijón y otros” (1996), en el cual la práctica objetada fue denunciar a un competidor que practicaba una política agresiva de precios por “mal hacer comercial” y amenazar a sus proveedores con un boicot si continuaban suministrándole mercaderías a dicho competidor. Los multados fueron en este caso dos asociaciones de comerciantes de las ciudades de Gijón y Oviedo, así como los presidentes de dichas asociaciones.

Otra conducta concertada de boicot con propósitos exclusorios es la que aparece en “Proemur c/ Electrofil y otros” (1997), en el cual un grupo de comercios de la ciudad de Murcia dedicados a la venta de material eléctrico buscaron impedir la formación de una central de compras formada por empresas instaladoras de dicho material, que tenía por objetivo efectuar sus compras directamente a los productores. En este caso, que culminó con multas impuestas a los diecinueve comercios involucrados, el boicot tenía un carácter doble, ya que por un lado implicaba dejar de comprarle a los productores de material eléctrico que le vendían a Proemur y por otro implicaba negarse a venderle (o hacerlo en condiciones desventajosas) a la propia empresa denunciante.

4. América Latina

4.1. México

La ley mexicana de competencia económica (del año 1993) encuadra a las prácticas horizontales exclusorias como “prácticas monopólicas relativas”, es decir, sujetas a la regla de la razón. Las mismas son el objeto del artículo 10 de la ley, que cita varios ejemplos al respecto. Ninguno de dichos ejemplos es propiamente horizontal, aunque en ciertos casos puede serlo el mencionado en el inciso V del artículo en cuestión, consistente en “rehusarse a vender o proporcionar a personas determinados bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros”.

El artículo 10 de la ley mexicana de competencia incluye sin embargo un inciso en el cual define de manera general un grupo de prácticas anticompetitivas muy amplio, que ha sido precisado en el reglamento de la ley en cuestión a través de cinco ejemplos adicionales. Entre ellos cabe mencionar como ejemplos de prácticas horizontales exclusorias las que aparecen en los tres incisos siguientes:

- I) la venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable;
- III) el uso persistente de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta de un bien o servicio para financiar pérdidas en otro bien o servicio;
- V) la acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea o pueda ser incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

De los escasos casos tratados por la Comisión Federal de Competencia (CFC)

que se refieren a prácticas horizontales exclusorias, merece señalarse “American Express c/ Visa” (1997), el cual no concluyó con una sanción pero sí incluyó una medida preventiva de cese de la conducta denunciada. El caso en cuestión se basaba en una denuncia de que el principal oferente de tarjetas de crédito (Visa) había llevado a cabo una conducta consistente en impedirle a los bancos miembros de su organización que emitieran también tarjetas de crédito de American Express (empresa que, después de muchos años de ofrecer su producto de manera independiente, había comenzado a desarrollar una estrategia comercial consistente en utilizar también a los bancos como emisores de tarjetas). Como la casi totalidad de los bancos importantes se hallaba incorporada al sistema de Visa, una práctica de ese tipo podía tener como efecto un virtual cierre del mercado para el nuevo producto de American Express, por lo que la misma fue considerada como potencialmente exclusoria. Finalmente, el caso terminó sin sanción por comprobarse que la política denunciada no había llegado a implementarse, y que la medida preventiva dispuesta había sido cumplida por la empresa denunciada.

En lo que se refiere a los precios predatorios, el caso líder dentro de la jurisprudencia mexicana de defensa de la competencia es “CFC c/ Warner Lambert” (1998), en el cual el principal productor de goma de mascar resultó multado por vender por debajo del costo su principal producto (chicles Adams), con el objeto de perjudicar y excluir del mercado a su principal competidor (chicles Canel). En este caso los precios predatorios tenían también un componente de discriminación, ya que la empresa denunciada vendía por debajo del costo a través de los canales de comercialización informales (vendedores ambulantes) pero lo hacía por encima del costo en los canales de comercialización formales (tiendas y almacenes). Como se comprobó que el volumen que se vendía a través de los canales informales resultaba ser superior al que se vendía por medio de los canales formales, la práctica se consideró relevante, comprobándose además que la presa había sufrido en este caso pérdidas considerables originadas en la conducta predatoria de Warner Lambert.

En su libro sobre derecho de la competencia, Pereznieto y Guerrero (2002) sostienen que la resolución que cierra el caso Warner Lambert es la base para establecer la política mexicana sobre depredación de precios, ya que en ella la CFC precisa los presupuestos necesarios para que dicha práctica resulte condenable. Los mismos son:

- 1) que el responsable de la práctica tenga poder sustancial en el mercado relevante;
- 2) que realice ventas por debajo del costo medio total de largo plazo;
- 3) la existencia de pérdidas por parte del agente en contra de quien se realice la práctica predatoria, siempre que sean consecuencia de dicha práctica.

Esta forma de analizar el tema de los precios predatorios sirvió para que en otro caso sobre el mismo tema (“Amec c/ Autobuses Unidos”, 1998) la CFC desistiera de condenar a la empresa denunciada sin siquiera pasar a la etapa de comparación entre precios y costos. El caso se refería a una rebaja importante en los precios del transporte de pasajeros por carretera en la ruta Puebla-Tehuacán por parte de una empresa que ofrecía una “promoción por vacaciones”. Esta conducta, que supuestamente tenía por objeto perjudicar a un competidor, era sin embargo llevada a cabo por alguien que no era el principal oferente y cuyo *market share* era de sólo el 23,4% (en un mercado en el que operaban cinco empresas). Este hecho, sumado a que en el mercado no existían barreras de entrada importantes, hizo que la CFC sostuviera que no estaban configurados los presupuestos para considerar predatoria la conducta de Autobuses Unidos.

Un tema respecto del cual la ley mexicana plantea una solución original es el de la exclusión de competidores generada por barreras de entrada impuestas por los estados miembros de la Federación Mexicana. Lo que la CFC debe hacer en ese caso es investigar el tema y, si las detecta, “declarar la existencia” de las barreras en cuestión (artículo 15 de la ley federal de competencia económica). Esto no implica sancionar al estado que ha generado la barrera de entrada, pero sí señalar la existencia de una conducta que la constitución mexicana considera nula. La declaración de la CFC puede ser impugnada por el estado afectado, a través de un procedimiento en el cual el tema va directamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En su libro sobre el régimen de competencia en México, Aguilar Álvarez (2000) menciona siete casos en los cuales la CFC aplicó el artículo 15 de la ley federal de competencia económica, y por ende declaró la existencia de barreras de entrada por parte de gobiernos estatales mexicanos. Los mismos tuvieron lugar en el período 1994-1998 y se refieren a los mercados de flores, aves de corral, huevos, manteca de cerdo y carnes, afectando a los estados de Sinaloa (tres veces), Campeche, Baja California, San Luis Potosí y Durango.

4.2. Brasil

De los veinticuatro incisos del artículo 21 de la ley antitrust brasileña (ley 8884, de 1994) que citan ejemplos de prácticas anticompetitivas, hay siete que configuran conductas que pueden considerarse horizontales y exclusorias. Tales conductas son:

IV) limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado;

V) crear dificultades para la constitución, el funcionamiento o el desarrollo de una empresa competidora o de un proveedor, comprador o financiador de bienes o servicios;

VI) impedir el acceso de un competidor a insumos, materias primas, equipamientos, tecnología o canales de distribución;

XIII) rehusarse a vender bienes o prestar servicios, dentro de las condiciones de pago normales según los usos y costumbres comerciales;

XIV) dificultar o romper la continuidad o el desarrollo de relaciones comerciales de plazo indeterminado en razón del rechazo de la otra parte de someterse a cláusulas y condiciones comerciales injustificables o anticompetitivas;

XVIII) vender injustificadamente mercaderías por debajo de su precio de costo;

XIX) importar cualquier bien por debajo de su costo en el país exportador, que no sea signatario de los códigos de antidumping y subsidios del GATT.

El análisis de este tipo de conductas en la práctica jurisprudencial brasileña se ha topado con numerosas denuncias que buscaban aplicar las figuras mencionadas a casos en los cuales no existía una práctica exclusoria propiamente dicha. Franceschini (1996) hace así referencia a una serie de denuncias por “creación de dificultades para el funcionamiento de una empresa competidora” que el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) ha desechado por entender que se trataba de conductas que eran producto de la propia competencia y no de prácticas anticompetitivas. Cabe mencionar al respecto el caso “J. Aquino c/ Febernati y Esso” (1989), en el cual se estableció el principio de la cautela en la aplicación de dicha figura, ya que “... toda actividad empresarial, tendiendo necesariamente a la conquista del mercado, ha de acarrear dificultades para otras empresas”¹⁹. Un motivo semejante sirvió también para

¹⁹ Este caso, al igual que otros mencionados en esta sección, se resolvió aplicando la ley antitrust que regía en Brasil con anterioridad a 1994 (ley 4137, de 1962), pero que incluía una caracterización parecida

declarar improcedente el caso “Comisión del Consumidor c/ Kibon” (1997), en el cual se cuestionó el lanzamiento de una nueva marca de helados (Tazza d’Oro) a un precio sustancialmente inferior al de las marcas que ya fabricaba la empresa denunciada, con el argumento de que dicha marca estaba destinada a crearle dificultades a competidores menores que operaban en determinados puntos de venta. En su resolución desestimando el argumento mencionado, el CADE sostuvo que el lanzamiento del nuevo producto era una práctica básicamente competitiva que no podía ser considerada en sí misma como dañosa “a menos que hubiese indicaciones adicionales de que ... estuviese relacionada con estrategias de dominación de mercado y eliminación de la competencia”, cosa que no acontecía en el caso bajo análisis.

La creación de dificultades a un competidor, sin embargo, sirvió para sancionar a la Cooperativa Central de Productores de Leche de Brasil por “apropiarse de una clientela ajena mediante la concesión de ventajas financieras y asistencia técnica”, con el propósito de “dominar el mercado y eliminar la competencia”. Esto ocurrió en el caso “Cooperativa Agropecuaria de Río Bonito c/ CCPL” (1987), en el cual se consideraron anticompetitivas una serie de prácticas que incluían la entrega gratuita de productos en proporción a los volúmenes de venta de los mismos. El CADE tiene también al menos un caso en el cual el sancionado fue una repartición pública en ejercicio de sus funciones. Tal cosa aconteció en “AMFAP c/ Departamento de Tránsito de Minas Gerais” (2000), en el cual la autoridad competente para el otorgamiento de licencias en el mercado de placas del estado de Minas Gerais fue sancionada por creación de dificultades a potenciales competidores en dicho mercado. El caso no concluyó con una multa, pero sí con una solicitud para que el estado en cuestión tome medidas tendientes a restablecer la libre competencia en el mercado analizado.

La jurisprudencia brasileña cuenta además con varios casos de sanción por prácticas horizontales exclusorias de carácter concertado. Al respecto se destaca la resolución del caso “Samp c/ Unimed Vitória” (1998), en el cual una asociación de médicos fue multada por incluir en sus estatutos cláusulas de exclusividad respecto de sus asociados. El efecto de estas cláusulas era impedir el acceso al mercado a otras entidades que necesitaban el concurso de los asociados a Unimed Vitória para poder prestar sus servicios, tales como la denunciante (que era una empresa de servicios médico-asistenciales). En virtud de la particular posición de Unimed, que nucleaba a la mayor parte de los médicos de la ciudad de Vitória (Espírito Santo), tales profesionales resultaban un “activo esencial” para poder competir en el mercado. Aparentemente, este tipo de cláusulas era común en las entidades médicas de Brasil, ya que por idénticos motivos varias otras asociaciones fueron sancionadas en casos subsiguientes²⁰.

En lo que se refiere a los precios predatorios, la experiencia brasileña nos muestra algunos casos en los cuales la venta por debajo del costo ha sido sancionada y otros en los cuales no lo ha sido. Así, en “Massami y otros c/ Serralgodão” (1984) se reconoció como predatoria la conducta de un productor de algodón con poder económico en un mercado local que vendía sus productos a pérdida con el objeto de eliminar a competidores más débiles, y en “Orniex c/ Bombril” (1989) se sancionó como abusiva la práctica de incrementar los precios en un mercado dominado por una empresa y simultáneamente reducirlos en otro mercado en el que dicha empresa

de las prácticas horizontales exclusorias.

²⁰ Véase, por ejemplo, “Cabesp c/ Unimed São João” (1998) y “Hapvida c/ Unimed Mossoró” (1999).

enfrentaba mayor competencia (entendiéndose que dichas modificaciones resultaban “artificiales” y “desleales”). Inversamente, no se consideraron sancionables los precios por debajo del costo en el caso “Fogarex c/ Lumix” (1993), en el cual la empresa denunciada cotizó dichos precios en una licitación del Ministerio de la Marina para adquirir equipo de campaña. Esa opinión se basó en el hecho de que Lumix no ostentaba una posición de dominio en el mercado relevante, y en que su política de precios tenía un propósito circunstancial de reducir sus existencias de productos terminados para minimizar las pérdidas financieras que ocasionaba el mantenimiento de dichas existencias.

El argumento de los precios predatorios fue rechazado también por las autoridades brasileñas en una serie de otros casos en los cuales faltaba el requisito de que la venta tuviera lugar por debajo del costo, o bien el mercado presentaba características estructurales que volvían irracional una conducta de depredación. Por ejemplo, en “Itap c/ Ciba-Geigy” (1989) se consideró que no podían caracterizarse como predatorios los precios cobrados por un laboratorio en tanto los mismos fueran superiores a los de su costo medio, resultando irrelevante que dicho laboratorio hubiera adquirido en el exterior ciertas materias primas a precios que sí eran predatorios o se hallaban subsidiados. Por otro lado, en “Nogam c/ São Paulo Alpargatas” (1998) la denuncia fue declarada improcedente por entenderse que se trataba de un mercado (calzado deportivo) en el cual no se daban las condiciones para “la recuperación posterior de las pérdidas incurridas ... mediante la obtención de beneficios supranormales una vez eliminada la competencia”, y por no haberse demostrado tampoco que hubiera habido ventas por debajo del costo medio variable. La resolución de este último caso resulta importante porque estableció de manera más precisa las condiciones que se requieren para que una conducta de reducción de precios pueda ser condenada como predatoria, las cuales tienen que ver con la relación entre los precios y los costos pero también con las probabilidades de éxito de la conducta.

4.3. Argentina

El artículo 2 de la ley argentina de defensa de la competencia (ley 25.156, del año 1999) ejemplifica el concepto de “prácticas restrictivas de la competencia” a través de catorce incisos. Entre ellos hay tres que se refieren a conductas de carácter horizontal y excluyente, y son los siguientes:

- f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;
- l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;
- m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales, con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.

La jurisprudencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha analizado el tema de las prácticas horizontales excluyentes a través de las figuras de “práctica restrictiva” y de “abuso de posición dominante”. El primer caso importante como precedente sobre este tipo de conductas es “A. Savant c/ Matadero Vera” (1982), y resulta una aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales. En

dicho caso, el único matadero de la localidad de Vera (Santa Fe) fue multado por negarse a prestar el servicio de faena de ganado a un productor pecuario integrado a un negocio de carnicería, impidiéndole de ese modo el acceso al mercado en cuestión. Por su condición de monopolista de un activo difícilmente replicable, la sanción implicó también una orden de cese de la práctica exclusoria, y se aplicó encuadrando la conducta de la empresa denunciada como un abuso de posición dominante²¹.

Una aplicación posterior de la idea de que quien posee un activo esencial para el desarrollo de una actividad económica no puede negarse a suministrarlo sin que medien razones comerciales válidas es “American Express c/ Visa y Mastercard” (1997). Dicho caso es virtualmente idéntico al que planteó el mismo denunciante ante la Comisión Federal de Competencia de México, y al cual nos hemos referido ya en la sección 4.1. La forma en la que fue resuelto fue también en esencia la misma: no hubo sanción contra las empresas denunciadas por entenderse que la conducta objetada no había llegado a ponerse en práctica, pero sí una advertencia respecto de la ilegalidad de la misma en caso de que llegara a aplicarse. La conducta en cuestión consistía en impedirle a los bancos miembros de las organizaciones emisoras de tarjetas de crédito (Visa y Mastercard) que emitieran también tarjetas de American Express. Como dichos bancos representaban la casi totalidad de los bancos importantes existentes en la Argentina, las redes que integraban podían considerarse como una instalación esencial para la provisión de tarjetas de crédito de tipo bancario²².

Pero el caso que alcanzó un mayor perfil público dentro de los que implicaron denuncias por obstaculización del acceso al mercado en la Argentina fue sin duda “Procter & Gamble c/ Unilever y otros” (1999), en el cual se objetó una conducta del mayor oferente de jabón en polvo para ropa (Unilever) cuyo objetivo presunto era impedir o retrasar el acceso al mercado de una nueva marca de su principal competidor (Ariel). Dicha conducta consistió en solventar una campaña publicitaria de otra empresa que fabricaba tapas para inodoros con el mismo nombre comercial (Ariel del Plata), sin que existiera ninguna razón comprensible (que no fuera dificultar la identificación por parte del público del nombre “Ariel” con el producto de Procter & Gamble). El caso resultó importante porque sirvió para medir hasta qué punto una conducta destinada a perjudicar a un competidor era lo suficientemente grave como para ser considerada un acto de obstaculización del acceso al mercado. La respuesta en este caso fue que los elementos presentados no alcanzaban para configurar una práctica propiamente exclusoria, porque la campaña publicitaria denunciada no era un obstáculo significativo para la introducción de un producto como el analizado por parte de una empresa del tamaño y de las características de Procter & Gamble, y fundamentalmente porque no se acreditó que Procter & Gamble estuviera planeando lanzar el jabón Ariel en una fecha cercana al momento en el que tuvo lugar la campaña publicitaria en cuestión.

La CNDC ha exculpado también conductas de obstaculización del acceso al mercado por parte de autoridades públicas en ejercicio de sus potestades legales, a través de una interpretación del tema semejante a la doctrina norteamericana Noerr-Pennington. La misma aparece expuesta con cierto detalle en el dictamen del caso “Executive Class c/ Fuerza Aérea Argentina y Manuel Tienda León” (1998), en el cual

²¹ Este caso y la mayoría de los que siguen fueron resueltos durante el período de vigencia de la anterior ley de defensa de la competencia (ley 22.262, de 1980). Los razonamientos aplicados, sin embargo, podrían extenderse sin problemas a situaciones planteadas bajo la actual legislación.

²² Para un comentario más extenso respecto de este caso, véase Dromi (1999), capítulo 10.

se cuestionaba la conducta de la Fuerza Aérea Argentina (como operador del Aeropuerto Internacional de Ezeiza) de otorgarle a una única empresa (Manuel Tienda León) la exclusividad para brindar servicios de transporte terrestre (ómnibus y automóviles de alquiler) desde las propias instalaciones del aeropuerto. En su dictamen aceptando las explicaciones de los denunciados, la CNDC consideró que la restricción a la competencia que tenía lugar en ese caso se originaba en la actuación de la Fuerza Aérea como poder concedente del uso de los espacios terrestres del aeropuerto, y que eso la hacía quedar fuera del alcance de la ley de defensa de la competencia. Por eso se limitó a recomendar que la restricción en cuestión se eliminase y se buscara un mecanismo de asignación que fomentase la competencia, pero sin aplicar ninguna sanción²³.

Un número importante de casos de exclusión horizontal que han merecido sanción en la Argentina se refieren a prácticas concertadas entre competidores para impedir el acceso de otros participantes al mercado. Buena parte de esos casos tienen que ver con conductas de entidades que nuclean a prestadores de servicios de salud. El primer precedente importante al respecto es “Staff Médico c/ FeMeBA” (1982), en el cual una empresa privada de seguros de salud denunció a la Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires por negarse a contratar con ella y por impedirle a sus miembros que lo hicieran a título individual. La federación en cuestión nucleaba la mayor parte de los médicos de la provincia de Buenos Aires, y había creado su propia empresa de seguros médicos (Femeba Salud) que competía directamente contra el denunciante. El caso terminó con una multa y una orden de cese de las conductas denunciadas, aplicándose al mismo la figura de abuso de posición dominante.

Otro caso paradigmático que involucró a una entidad profesional médica fue “V. Godoy c/ Círculo Médico de Misiones Zona Sur” (1997), en el cual el denunciado era un profesional que había sido excluido de la única asociación médica de la ciudad de Posadas (Misiones) por hallarse adherido a una empresa de prestaciones de servicios médicos de emergencia (EEMI) que competía con otra (Medisur) que era a su vez propiedad del círculo médico. La exclusión en cuestión tenía como efecto que el denunciante no pudiera acceder al mercado de atención de pacientes de la mayoría de los seguros médicos que operaban en la zona, ya que éstos mantenían contratos con el Círculo Médico de Misiones por los cuales sólo utilizaban profesionales adheridos a dicha entidad. El dictamen de la CNDC que cerró el caso implicó la imposición de una multa y una orden de cese de los comportamientos denunciados.

Estos y otros casos de exclusión en los mercados de servicios para la salud fueron recopilados por la CNDC en su documento sobre el tema (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 1997), en el cual se enuncian dos pautas básicas que tienen que ver con prácticas horizontales exclusorias. Tales pautas son:

- 1) Las asociaciones de prestadores y los conjuntos de 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.
- 2) Cuando una asociación nuclea más del 50% de los prestadores de algún mercado y, por circunstancias propias del funcionamiento y de la estructura del mismo, la no

²³ Cabe mencionar que este dictamen generó cierta controversia y algunas opiniones contrarias. Al respecto, véase Abdala (1999).

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 lo que se refiere a precios predatorios, la CDNC ha intervenido en numerosas denuncias sobre el tema, pero sólo ha recomendado sanciones en dos casos, y en ambos se trataba de circunstancias en las cuales las ventas por debajo del costo eran complementarias de alguna otra práctica anticompetitiva. Así, en “CNDC c/ Centro de Industriales Panaderos de Santiago del Estero y otros” (1983) se le impuso una multa a un grupo de panaderías que había tenido actitudes predatorias en perjuicio de un competidor, pero la misma implicaba ante todo una sanción a una entidad que había estado operando como un cartel y que usaba los precios predatorios para perjudicar a las panaderías que abandonaban la concertación. Algo similar ocurrió en “I. Piedra Crespo c/ Soda Jorgito y otros” (1986), en el cual se sancionó a una serie de empresas vendedoras de soda que habían entrado en una “guerra de envases” que tenía como principales víctimas a la empresa del denunciante y a otras firmas. Si bien en este caso el dictamen de la CNDC menciona como infracción a la “... entrega de soda en forma gratuita por encima de niveles razonables”, el principal elemento que se tuvo en cuenta para aplicar una multa fue la existencia de actos de sustracción y rotura de envases.

Entre los casos que terminaron en aceptación de las explicaciones de los denunciados por precios predatorios merece destacarse “Cámara Argentina de Papelerías y Librerías c/ Supermercados Makro” (1997), en el cual la CNDC enunció una serie de criterios básicos de interpretación del tema. Lo que tuvo lugar aquí fue una política de promoción de una cadena de supermercados consistente en vender un producto de librería a un precio bajo durante un período de 15 días, quedando claro desde el principio que el precio en cuestión se hallaba por debajo del costo de adquisición del producto. Lo que también surgió claramente, sin embargo, fue que la empresa denunciada tenía una participación de mercado mínima y ninguna posibilidad razonable de excluir competidores ni de transformarse en monopolista, por lo que la estrategia de precios empleada parecía ser una política competitiva de un oferente relativamente pequeño que se articulaba dentro de una campaña publicitaria mayor. El dictamen de la CNDC que cerró el caso sin sancionar a Supermercados Makro hizo referencia a varios antecedentes internacionales sobre precios predatorios, mencionando a Joskow y Klevorick (1979) y a los casos norteamericanos “Janich Bros c/ American Distilling”, “Zenith c/ Matsushita y otros”, y “Brooke c/ Brown & Williamson”.

Referencias bibliográficas

- Abdala, Manuel (1999). “¿Cómo se defenderá la competencia en Argentina?”; *Reunión Anual de la Asociación de Bancos Argentinos*, Buenos Aires.
- Aguilar Álvarez, Javier (2000). *La libre competencia*. México, Oxford University Press.
- Areeda, Philip y Turner, Donald (1975). “Predatory Pricing and Practices Under Section 2 of the Sherman Act”; *Harvard Law Review*, vol 88, pp 697-733.
- Bork, Robert (1978). *The Antitrust Paradox*. Nueva York, Basic Books.
- Burns, Malcolm (1986). “Predatory Pricing and the Acquisition Costs of Competitors”; *Journal of Political Economy*, vol 94, pp 266-296.
- Cabanelas, Guillermo (1983). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*.

- Buenos Aires, Heliasta.
- Canadian Competition Bureau (1992). "Predatory Pricing Enforcement Guidelines". Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada.
- Church, Jeffrey y Ware, Roger (2000). *Industrial Organization*. Boston, McGraw-Hill.
- Coloma, Germán (1998). "Integración y contratos verticales entre empresas", Serie de Estudios Técnicos y Aplicados, No 1. Buenos Aires, ISEG.
- Coloma, Germán (1999). "La discriminación de precios y la defensa de la competencia", Serie Seminarios No 13/99. Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella.
- Coloma, Germán (2002). "Apuntes de organización industrial (parte 1)", Serie Documentos de Trabajo No 221. Buenos Aires, Universidad del CEMA.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (1997). "La ley de defensa de la competencia y los mercados de servicios para la salud". Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.
- Dobson, Douglas; Shepherd, William y Stoner, Robert (1994). "Strategic Capacity Preemption: DuPont (Titanium Dioxide)"; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Dromi, Roberto (1999). *Competencia y monopolio*. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Franceschini, José (1996). *Introdução ao direito da concorrência*. San Pablo, Malheiros.
- Gellhorn, Ernest y Kovacic, William (1994). *Antitrust Law and Economics*. Saint Paul, West.
- Goyder, D. G. (1998). *EC Competition Law*, 3ra edición. Oxford, Oxford University Press.
- Granitz, Elizabeth y Klein, Benjamin (1996). "Monopolization by Raising Rivals' Costs: The Standard Oil Case"; *Journal of Law and Economics*, vol 39, pp 1-47.
- Greer, D. F. (1983). *Business, Government and Society*. Nueva York, Macmillan.
- Joskow, Paul y Klevorick, Alvin (1979). "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy"; *Yale Law Review*, vol 89, pp 213-270.
- Lipsky, Abbott y Sidak, Gregory (1999). "Essential Facilities"; *Stanford Law Review*, vol 51, pp 1187-1249.
- McGee, John (1958). "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case"; *Journal of Law and Economics*, vol 1, pp 137-169.
- Niels, Gunnar y Kate, Adriaan (2000). "Predatory Pricing Standards: Is There a Growing International Consensus?"; *Antitrust Bulletin*, vol 45, pp 787-809.
- Organization for Economic Cooperation and Development (1989). *Predatory Pricing*. París, OCDE.
- Pereznieto, Leonel y Guerrero, Renato (2002). *Derecho de la competencia económica*. México, Oxford University Press.
- Philips, Louis (1988). *The Economics of Imperfect Information*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Philips, Louis (1994). "On the Detection of Collusion and Predation"; *European Economic Review*, vol 40, pp 495-510.
- Posner, Richard (1976). *Antitrust Law*. Chicago, University of Chicago Press.
- Salop, Steven y Scheffman, David (1983). "Raising Rivals' Costs"; *American Economic Review*, vol 73, pp 267-271.